Die Einigung der Eltern bei der Ausübung der elterlichen Personensorge

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Klaus Waskowiak
Gerichtsreferendar aus Hindenburg O/S.

Marburg

1967

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554417_0056

Die Einigung der Eltern bei der Ausübung der elterlichen Personensorge

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Klaus Waskowiak
Gerichtsreferendar aus Hindenburg O/S.

Marburg

1967

BAMBERGER FOTODRUCK · Rudolf Rodenbusch

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

angenommen am : 27. Januar 1967
Berichterstatter: Professor Dr. Dr. Lücken
Mitberichterstatter :Professor Dr. Henrich
Tag der mündlichen Prüfung : 15. Februar 1967

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Abkürzungen	II
Literaturverzeichnis	VI
§ 1 Fragestellungen	1
§ 2 Elterliche Einigung - Wirkungsweise der elterlichen Gewalt	8
§ 3 Erscheinungsformen elterlicher Einigungen	23
§ 4 Rechtsnatur der elterlichen Einigung	33
§ 5 Kriterien für die Rechtsgeschäftlichkeit einer elterlichen Einigung	47
§ 6 Besonderheiten der rechtsgeschäftlichen elterlichen Einigung	60
§ 7 Die Bindung der Eltern an rechtsgeschäftliche Einigungen	79
§ 8 Die nichtrechtsgeschäftliche elterliche Einigung	130
§ 9 Anwendbarkeit der für die rechtsgeschäftlichen elterlichen Einigungen erarbeiteten Grundsätze auf den rechtsgeschäftsähnlichen elterlichen Konsens	143
§ 10 Die Entscheidung der Meinungsverschiedenheit im Fall eines dissentierenden Elternteils	152

A	= Anmerkung
a.A.	= anderer Ansicht
a.a.O.	= am angegebenen Ort
AcP.	= Archiv für zivilistische Praxis
A.F.	= alte Fassung
ArchBürgR.	= Archiv für bürgerliches Recht
Art.	= Artikel
AT.	= Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs
BayObLG.	= Entscheidungen des Bayrischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB.	= Der Betriebsberater
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	= Bundesgesetzblatt
BGH.	= Bundesgerichtshof
BGHZ.	= Entscheidungen des Bundesgerichts in Zivilsachen
BT.-Deb.	= Bundestagsdebatte
BT.-Drucks.	= Bundestagsdrucksache
BverfG.	= Bundesverfassungsgericht
bzw.	= beziehungsweise
ders.	= derselbe
d.h.	= das heißt
Diss.	= Dissertation
DJT.	= Deutscher Juristentag
DRiZ.	= Deutsche Richterzeitung
DRwiss.	= Deutsche Rechtswissenschaft
EheG. 38	= Ehegesetz vom 6. Juli 1938 (RGBl. I, S. 807)

EheG.	= Ehegesetz vom 20. Februar 1946, Kontrollratsgesetz Nr. 16. (KRABl. S. 77)
Einl.	= Einleitung
EJF.	= Entscheidungen aus dem Jugend- und Familienrecht
Entw.	= Entwurf
ErzB.-	= Erziehungsbeistandschaft
evt.	= eventuell
FamR.	= Familienrecht
FamRZ.	= Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht
FE.	= Fürsorgeerziehung
FEH.	= Freiwillige Erziehungshilfe
FGG.	= Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 (RGBl. S. 189) in der Fassung vom 20. Mai 1898 (RGBl. S. 771)
Fußn.	= Fußnote
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1)
GlbG.	= Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts vom 18. Juni 1957 (BGBl. S. 609)
Gruch.	= Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
Hausrats VO	= 44. Verordnung über die Behandlung der Ehewohnung und des Hausrats nach der Scheidung (6. Durchführungsverordnung zum Ehegesetz)
HRR.	= Höchstrichterliche Rechtsprechung
i.S.	= im Sinn

insbes.	= insbesondere
JFG.	= Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
Jg.	= Jahrgang
JheringJb.	= Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR.	= Juristische Rundschau
JW.	= Juristische Wochenschrift
JWG.	= Gesetz für Jugendwohlfahrt in der Fassung vom 11. August 1961 (BGBl. S. 1205)
JZ.	= Juristenzeitung
KGJ.	= Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen
LB.	= Lehrbuch
LZ.	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m. a. W.	= mit anderen Worten
MDR.	= Monatschrift für Deutsches Recht
NJW.	= Neue Juristische Wochenschrift
OLG.	= Oberlandesgericht
Rdz.	= Randziffer
Recht	= Das Recht (Zeitschrift)
RegEntwBegr.	= Begründung zum Regierungsentwurf
RG.	= Reichsgericht
RGZ.	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RJA.	= Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt

RKEG.	= Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921 (RGBl. 939)
Rpfl.	= Der deutsche Rechtspfleger
RpflFamR.-SH.	= Der deutsche Rechtspfleger Sonderheft Die Gleichberechtigung von Mann und Frau
Rspr.	= Rechtsprechung
S.	= Seite
SächsArch.	= Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß
SchlHA.	= Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SJZ.	= Süddeutsche Juristenzeitung
Sp.	= Spalte
Stb.	= Studienbuch
UJ.	= Unsere Jugend Zeitschrift für Jugendhilfe in Wissenschaft und Praxis
u.U.	= unter Umständen
v. a.	= vor allem
Vorbem.	= Vorbemerkung
Warn.	= Rechtsprechung des Reichsgerichts, herausgegeben von Warneyer
WRV.	= Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 (RGBl. S. 1383)
ZBlJugR.	= Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt
Ziff.	= Ziffer
ZPO.	= Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 (RGBl. S. 83)

(§§ ohne weitere Angaben beziehen sich auf das Bürgerliche Gesetzbuch.

Die Zahl hinter dem Komma eines Zitats ist die Seitenzahl des betreffenden Werkes.)

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

Achilles-Greiff: BGB unter Einarbeitung des Gleichberechtigungsgesetzes v.18.6.1957, Einführungsgesetz und Nebengesetze, erläutert von Beitzke, Boltz, Brüggemann, Eggel, Glaser, Greiff, Johannsen, Kieckebusch, Kregel, Leiss, 20. Auflage, Berlin 1958.
(Zitiert: Achilles-Greiff-jeweiliger Bearbeiter)

Anders: Erziehungsbeistandschaft, Freiwillige Erziehungshilfe und Fürsorgeerziehung (unveröffentlichtes Referat, gehalten auf den Studientagen für Vormundschaftsrichter in Arnoldshain/Taunus am 3.3.1965)
(Zitiert: Anders,ErzB., FEH. und FE.)

André, F.: Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder, Marburger akademische Reden 1905, Nr. 14.
(Zitiert: André,Erziehungsverträge)

Arnold, E.: Die neue Rechtslage im Familienrecht, MDR. 1953, 258 ff. und 326 ff.

Bänninger, M.: Verträge zwischen Ehegatten über die personenrechtlichen Wirkungen der Ehe, (Diss.), Zürich 1922.
(Zitiert: Bänninger,Verträge zwischen Ehegatten)

Baur, F.: Lehrbuch des Sachenrechts, 2. durchgesehene und ergänzte Auflage, München und Berlin 1963.
(Zitiert: Baur SachenR.)

ders.: Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1. Buch: Allgemeines Verfahrensrecht, Tübingen 1955.
(Zitiert: Baur FGG.)

Beitzke, G.: Familienrecht. Ein Studienbuch, 12., ergänzte Auflage, München und Berlin 1964.
(Zitiert: Beitzke Stb.)

ders.: Die elterliche Gewalt nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts, JR. 1959, 401 ff.

ders.:	Betrachtungen zum neuen Kindschaftsrecht, FamRZ. 1958, 9 ff.
Bettermann:	Die Freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag, 17 ff., München und Berlin 1957. (Zitiert: Bettermann,Festschrift für Friedrich Lent)
Boehmer, G.:	Einführung in das Bürgerliche Recht. 2., durchgearbeitete und ergänzte Auflage, Tübingen 1965. (Zitiert: Boehmer,Einführung)
ders.:	Zur Gleichberechtigung der Frau im Eherecht, MDR. 1950, 386 ff.
ders.:	Besprechung des "Familienrechts" von Heinrich Lehmann, JZ. 1961, 267 ff.
Bosch, F.W.:	Grundsatzfragen des Gleichberechtigungsgesetzes vor dem Bundesverfassungsgericht, FamRZ. 1959, 265 ff.
ders.:	Gleichberechtigung im Bereich der elterlichen Gewalt, SJZ. 1950, 626 ff.
ders.:	Familienrechtsreform, Siegburg 1952. (Zitiert: Bosch,Reform)
ders.:	Die Situation im Ehe- und Familienrecht, Rpfl. 1954, 2 ff.
ders.:	Die Gleichberechtigung von Mann und Frau, Rpfl. FamR. - SH. 1954.
Boschan:	Religiöse Kindererziehung in Deutschland, Recht 1922, 49.
Breit:	Die Geschäftsfähigkeit, 1903. (Zitiert: Breit,Geschäftsfähigkeit)
Bydlinski:	Gleichberechtigung im österreichischen Privatrecht, Gutachten für den 1. österreichischen Juristentag, 1961. (Zitiert: Bydlinski,Gleichberechtigung)

v. Carolsfeld, S.: Über das Problem der rechtlichen Gleichstellung von Mann und Frau nach der Bonner Bundesverfassung, JR. 1950, 417 ff.

Carspecken, F.: Probleme des Jugendwohlfahrtsgesetzes vom 11.8.1961. Luchterhand-Verlag. Berlin-Spandau 1962.

(Zitiert: Carspecken, Probleme des JWG)

Cohn, C.: Gleichberechtigung der Geschlechter im künftigen Eherecht, Hamburger Rechtsstudien Heft 14, 1932.

(Zitiert: Cohn, Gleichberechtigung)

Creifeld: Die Gleichberechtigung der Frau im deutschen Recht, JR. 1950, 449 ff.

Danziger, G.: Verträge zwischen Eltern über die Sorge für die Person ihrer Kinder, (Diss.), Leipzig 1908.

(Zitiert: Danziger Diss.)

Dietz, R.: Deutsches Personen-, Familien- und Erbrecht. Ein Grundriß. Band 1. Berlin 1943.

Dölle, H.: Familienrecht. Darstellung des Deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen. Band I, Karlsruhe 1964. Band II, Karlsruhe 1965.

(Zitiert: Dölle I bzw. II)

ders.: Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, JZ. 1953, 353 ff.

Ehrlich, E.: Das zwingende und das nicht zwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1899

(Zitiert: Ehrlich, Zwingendes Recht)

Eichler, H.: Wandlungen im System des Privatrechts, DRwiss. 1936, 262 ff.

Engelmann: Das Reichsgesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921, München und Berlin 1922.

Enneccerus-Kipp-Wolff:	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Band: Allgemeiner Teil. 14. neubearbeitete Auflage (1. Halbband) und 15. neubearbeitete Auflage (2. Halbband) von H.K. Nipperdey Tübingen 1952 u. 1960. (Zitiert: Enneccerus-Nipperdey) 3. Band: Sachenrecht. 10. Bearbeitung von Wolff und Raiser. Tübingen 1957. (Zitiert: Wolff-Raiser) 4. Band: Das Familienrecht, von Kipp und Wolff. 7. Bearbeitung, Marburg 1931. (Zitiert: Enneccerus-Kipp-Wolff)
Erman:	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, Verschollenheitsgesetz, Abzahlungsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Schiffrechtegesetz, Ehegesetz, Hausratsverordnung in zwei Bänden, bearbeitet von Arndt, Bartholomeyczik, Böhle-Stamschräder, Drees, Erman, Groepper, Hauß, Hefermehl, Hense, Küchenhoff, Marquordt, Ronke, Schopp, Schulze-Wenck, Seiler, Wagner, Weitnauer, Westermann. (Zitiert: Erman-jeweiliger Bearbeiter)
Firsching, K.:	Handbuch der amtsgerichtlichen Praxis. Band V: Familienrecht.2. neubearbeitete u. erweiterte Auflage, München und Berlin 1962. (Zitiert: Firsching,Handbuch)
Flume:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 2. Band: Das Rechtsgeschäft. Berlin-Heidelberg-New York 1965. (Zitiert: Flume AT.)
Gehring, P.:	Elterliche Personensorgegewalt und Vertrag nach BGB. Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 9. Berlin 1920. (Zitiert: Gehring,Personensorge u. Vertrag)
Genzmer, D.:	Gleichberechtigung und elterliche Gewalt, MDR. 1960, 881 ff.
Gernhuber, J.:	Lehrbuch des Familienrechts. München und Berlin 1964. (Zitiert: Gernhuber LB.)

ders. :	Elterliche Gewalt heute, FamRZ. 1962, 89 ff.
Gimmerthal, M. :	Zur väterlichen Gewalt des bürgerlichen Gesetzbuchs, AcP. 104, 388 ff.
v. Godin, R. u. H.:	Ehegesetz vom 20. Februar 1946, 2. vermehrte Auflage, Berlin 1950.
Göppinger, H, :	Eingriffe des Vormundschaftsgerichts in das Elternrecht (Art. 6 GG), FamRZ. 1959, 397 ff.
Gräber, F. :	Jugendwohlfahrtsgesetz. Kommentar. 2., völlig neubearb. Auflage, Münster 1963.
Haff, K. :	Die Gleichberechtigung im ehelichen und außerehelichen Elternrecht nach dem neuen schwedischen Elterngesetz vom 1.1.1950, ZBlJugR., 1951, 41 ff.
Hagemeyer :	Denkschrift über die zur Anpassung des geltenden Familienrechts an den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau erforderliche Gesetzesänderung. I. - III. Teil. Köln o.J. (Zitiert : Denkschrift)
Hellwig :	Über die Grenzen der Vertragsmöglichkeit. Erlanger Rektoratsrede. AcP. 86, 223 ff.
Heußner :	Über die Auswirkungen des Gleichberechtigungsurteils des Bundesverfassungsgerichts vom 29.7.1959, FamRZ. 1960, 6 ff.
Hill, F. :	Elternrecht und Freiwillige Erziehungshilfe (Diss.).Marburg 1966. (Zitiert : Hill Diss.)
Hirsch, M. :	Entzug und Beschränkung des elterlichen Sorgerechts. Jugend im Blickpunkt. Neuwied, Luchterhand: 1965.
Hoffmann-Stephan :	Ehegesetz nebst Durchführungsverordnungen. Kommentar. München und Berlin 1950.
Hübner :	Die Gleichberechtigung von Mann und Frau. Beiheft zur Deutschen Rechts-Zeitschrift 1950. (Zitiert : Hübner,Gleichberechtigung)

Jansen, P.:	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Handkommentar. Bearbeitet von Jansen. Berlin 1959.
Jans-Happe:	Jugendwohlfahrtsgesetz, Kommentar mit systematisch gegliederten Erläuterungen, einschlägigen Nebengesetzen und ergänzenden Bestimmungen. Köln 1963.
Junghanns, R.:	Die Befugnis zum persönlichen Verkehr mit dem eigenen Kinde. Sächs. Archiv 1912, 485-490.
Keidel:	Freiwillige Gerichtsbarkeit. Handausgabe des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit mit Erläuterungen, Ausführungs- und Ergänzungsbestimmungen. 8. neubearbeitete Auflage. München und Berlin 1963.
Klein, P.:	Die Rechtshandlung im engeren Sinn. Eine Untersuchung auf dem Gebiet des deutschen bürgerlichen Rechts. München 1912. (Zitiert: Klein,Rechtshandlung)
ders.:	"Einigung" und "Zustimmung" im Reichsgesetz über die religiöse Kindererziehung, LZ. 1923, 217 ff.
Knitschky, W.E.:	Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem BGB. Berlin 1899. (Zitiert: Knitschky, Eltern-Kinder)
Koffka, E.:	Zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung über die "Gleichberechtigung von Mann und Frau", JR. 1953, 3 ff.
Kommentar	herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. 10. und 11. Auflage, IV. Band, 2. Teil, bearbeitet von K.E. Meyer und G. Scheffler, Berlin 1964. (Zitiert: RGRK. (jeweiliger Bearbeiter))

Kommentar	zum Handelsgesetzbuch. Früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts. 2. Band, bearbeitet von Weipert. 2. Auflage, Berlin 1950. (Zitiert: RGRK. - jeweiliger Bearbeiter)
Krug, H.:	Gesetz für Jugendwohlfahrt. Kommentar. München, Gesetzesstand: April 1965.
Krüger, H.:	Die Nichtverwirklichung der Gleichberechtigung im Regierungsentwurf zur Familienrechtsreform, JZ. 1952, 615.
Krüger-Breetzke-Nowack:	Gleichberechtigungsgesetz. Kommentar. München und Berlin 1958.
Lange, H.:	BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch. 7., durchgesehene Auflage, München und Berlin 1964. (Zitiert: Lange AT.)
ders.:	Die Lücke im Kinschaftsrecht, NJW. 1961, 1889 ff.
Lehmann, H.:	Deutsches Familienrecht, 3., vermehrte und verbesserte Auflage, Berlin 1960. (Zitiert: Lehmann FamR.)
ders.:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 14., unveränderte Auflage, Berlin 1963. (Zitiert: Lehmann AT.)
Licius:	Kinder aus geschiedenen Ehen, (Diss.) Aschaffenburg 1908. (Zitiert: Licius Diss.)
Lohmann:	Das Recht des geschiedenen, nicht personensorgeberechtigten Ehegatten zum Verkehr mit seinen Kindern und seine Durchführung, Gruch. 61, 22 ff.
Lotmar, P.:	Der unmoralische Vertrag. Leipzig 1896. (Zitiert: Lotmar, Unmoralischer Vertrag)

Lücken, K.:	Das Verkehrsrecht nach § 82 des Ehegesetzes. (Diss.) Gießen 1944. (Zitiert: Lücken (Diss.))
ders.:	"Sachverständigenaufgaben im Familien- und Jugendwohlfahrtsrecht", Jahrbuch für Jugendpsychiatrie und ihre Grenzgebiete. Redaktion: H. Stutte, Marburg. Bd. III, Bern und Stuttgart, S.174 ff. (Zitiert: Lücken, Sachverständigenaufgaben)
ders.:	"Elternrecht und Heimerziehung", Handbuch der Heimerziehung unter Mitwirkung von Sachverständigen aller Gebiete und Richtungen der Heimerziehung in Gemeinschaft mit Hans Scherpner, herausg. von Friedrich Trost. Frankfurt-Berlin-Bonn-München 1966, S. 1162 ff. (Zitiert: Lücken, Heimerziehung)
Manigk, A.:	Das rechtswirksame Verhalten. Systematischer Aufbau und Behandlung der Rechtsakte des Bürgerlichen und Handelsrechts. Berlin 1939. (Zitiert: Manigk, Rechtswirksames Verhalten)
Mezger:	Strafrecht. I. Allg. Teil. Ein Studienbuch. 7. neudurchgesehene Auflage, München und Berlin 1957. (Zitiert: Mezger Stb.)
Mitteis, H.:	Die Anpassung des Familienrechts an das Bonner Grundgesetz, SJZ. 1950, 241 ff.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches:	Band I - V. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888. (Zitiert: Motive)
Mugdan, B.:	Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Band I - V. Berlin 1899. (Zitiert: Mugdan I - V)
Müller-Freienfels:	Ehe und Recht. Tübingen 1962. (Zitiert: Müller-Freienfels, Ehe u. Recht)

Munzinger, H.:	Das Sorgerechtsverfahren nach geschiedener Ehe, SJZ. 1949, 98 ff.
Opet, O. u. von Blume, W.:	Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erster und zweiter Abschnitt. Bürgerliche Ehe. Verwandtschaft. Berlin 1906. (Zitiert: Opet- v. Blume)
Palandt:	Bürgerliches Gesetzbuch mit Gleichberechtigungsgesetz, Einführungsgesetz, Verschollenheitsgesetz, Abzahlungsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Ehegesetz, Jugendwohlfahrtsgesetz, Außenwirtschaftsgesetz, Staionierungsschäden-Regelung bearbeitet von Danckelmann, Gramm, Hoche, Keidel, Lauterbach. 25., neubearbeitete Auflage, München und Berlin 1966.
Paulick, H.:	Das Eltern - Kind - Verhältnis gemäß den Bestimmungen des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18.6.1957, FamRZ. 1958, 1 ff.
Pikart-Henn:	Lehrbuch der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. Köln-Berlin-Bonn-München, 1963 (Zitiert: Pikart-Henn FGG)
Planck:	Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert von Planck in Verbindung mit Achilles, André, Greiff, Ritgen, Strecker, Strohal, Unzner. 4. Band: Familienrecht, 3. Auflage, Berlin 1906.
Potrykus:	Religiöse Kindererziehung und Gleichberechtigungsgesetz, ZBlJugR. 1959, 100 ff.
ders.:	Das Recht der religiösen Kindererziehung und das Gleichberechtigungsgesetz, UJ. 1958, 179 ff.
ders.:	Anmerkung zu LG. Göttingen 30.11.1954, NJW. 1955, 1596/97.
Reichel:	Verzicht auf die elterliche Gewalt, "Recht" 1914, 355.

Riedel, H.:	Jugendwohlfahrtsgesetz. Kommentar. 4., ergänzte und erweiterte Auflage, Berlin 1965.
ders.:	Das Recht der Kinder aus geschiedenen Ehen. Eine Erläuterung der wichtigsten gesetzlichen Vorschriften und eine Betrachtung zur Reform des Rechts. München 1960. (Zitiert: Riedel,Geschiedene Ehen)
Roch, S.:	Verträge über Ehescheidungsfolgen. Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 30. Berlin 1926. (Zitiert: Roch,Verträge über Ehescheidungsfolgen)
Rosenberg, C.:	Verträge unter Ehegatten bei bevorstehender Scheidung, AcP. 127, 46 ff.
v. Savigny, F.K.:	System des heutigen Römischen Rechts, 8 Bände, Berlin 1840. (Zitiert: Savigny, System)
Scheffler, E.:	Zur Auslegung des Grundsatzes der Gleichberechtigung, DRiZ. 1953, 87 ff.
Schlegelberger:	Handelsgesetzbuch. Erläutert von Geßler, Hefermehl, Hildebrandt, Schröder. 3. überarbeitete u, ergänzte Auflage. 2. Band, Berlin und Frankfurt a.M. 1955. (Zitiert: Schlegelberger - Geßler)
Schnitzerling, M:	Das Recht des nichtsorgeberechtigten Elternteils auf Verkehr mit seinem Kinde, RdJ. 1961, 61 ff.
ders.:	Das Recht auf Verkehr mit dem Kinde, FamRZ. 1958, 444 ff.
Schwoerer, J.:	Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe und bei Getrenntleben der Eltern (§§ 1671, 1672 n. F.), FamRZ. 1958, 433 ff.
ders.:	Anmerkung zu LG. Tübingen 15.1. 1960, FamRZ. 1960, 122.
ders.:	Was nun? Betrachtungen zum Gleichberechtigungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29.7.1959. NJW. 1959, 208.

Siebert, W.: BGB-System und völkische Ordnung, DRwiss. 1936, 204 ff.

ders.: Elterliche Gewalt und Gleichberechtigung, NJW. 1955, 1 ff.

Siebert-Vogel: Familienrecht. Kommentar zum Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches und zum Ehegesetz. Stuttgart und Köln 1955, Stand: Ende 1954.

Sintenis: Das praktische gemeine Civilrecht. 3. Band. Das Familienrecht und das Erbrecht. Leipzig 1851.

Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen bearbeitet von Abraham, Augustin, Ballerstedt, Baner, Baur, Ehard, Eder, Erdsiek, Germer, Glaser, Hefermehl, Kegel, Lade, Lange, Lindenmaier, Mezger, Mühl, Oechßler, Rothe, Schmidt, Schräder, Schulze- v. Lasaul, Seydel, Siebert, Vogel, Volze, Wlotzke.
I. Band: Einleitung. Allgemeiner Teil. Recht der Schuldverhältnisse. Stand: 1. Juni 1959, Stuttgart.
IV. Band: Familienrecht. Ehegesetz. Wissenschaftliche Redaktion des IV. Bandes: H. Lange. Stand: Frühjahr 1963, Stuttgart.
(Zitiert: Soergel-Siebert-Bearbeiter)

von Staudinger, J.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen.
I. Band: Allgemeiner Teil. Erläutert von Brändel und Coing. 11. neubearbeitete Auflage, Berlin 1957
III. Band: Sachenrecht. 1. Teil. Erläutert von Berg, Ring, Seufert. 11. neubearbeitete Auflage, Berlin 1956.
IV. Band: Familienrecht. 2. Teil. Erläutert von Engelmann. Herausgegeben von Keidel. 9. neubearbeitete Auflage. München, Berlin und Leipzig 1926
Band IV, 36. Lieferung, erläutert von Gotthardt, Donau, Schwoerer und Engler.

37. Lieferung, erläutert von Dietz und Hübner,
38. Lieferung, erläutert von Donau, Göppinger und Engler. 10./11. neubearbeitete Auflage, Berlin 1964.
(Zitiert: Staudinger - Bearbeiter)

Stöver, D.: Ist die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Rechtsgeschäft ? ArchBürgR. Bd. 26, 149 ff.

Strauß, W.: Der Entwurf des Familienrechtsgesetzes, JZ. 1952, 449 ff.

Westermann, H.: Lehrbuch des Sachenrechts. 3. erweiterte und verbesserte Auflage, Karlsruhe 1956.

Ziegler, A.: Das natürliche Entscheidungsrecht des Mannes in der Ehe und Familie. Ein Beitrag zur Frage der Gleichberechtigung von Mann und Frau. Heidelberg - Löwen 1958.
(Zitiert: Ziegler, Entscheidungsrecht)

Zimmermann, G.: Grundsätzliches zum Dauerpflegevertrag, ZBlJugR. 1954, 288 ff. und 319 ff.

Fragestellungen

§ 1

Die Eingehung der Ehe bringt für beide Ehegatten nicht nur mannigfaltige und nicht selten schwere Aufgaben mit sich. Für beide endet vor allem ein Leben, über das sie bisher nur sich selbst Rechenschaft schuldeten. Es beginnt ein Lebensabschnitt, in dem künftig jeder dem anderen gegenüber sein Verhalten so einzurichten hat, daß es mit der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 Abs.1), d.h. mit der Achtung, Liebe und Treue, die sie sich gegenseitig schulden, im Einklang steht.
Dies bedeutet für beide Ehegatten, die ihr eheliches Leben betreffenden Fragen nicht jeder für sich und ohne Berücksichtigung der Interessen des anderen zu behandeln, vielmehr an die Stelle alleiniger Entschlüsse gegenseitiges Einvernehmen zu setzen und im Fall auseinandergehender Ansichten einigungs- und kompromißbereit zu sein.

Bereits im persönlichen Verhältnis der Ehegatten untereinander bei der Führung und Gestaltung ihres ehelichen Zusammenlebens ist die Einigung über alle sie gemeinsam berührenden Probleme das ordnende Prinzip. Das ergibt sich zwar nicht expressis verbis aus dem Gesetz, wohl aber aus dem durch die Anerkennung der Gleichberechtigung der Geschlechter folgenden, vom Gesetzgeber nachvollzogenen neuen Verständnis der ehelichen Lebensgemeinschaft.[1] Das frühere Entscheidungsrecht des Mannes (§ 1354 Abs. 1) ist mit der Einführung der Gleichberechtigung fortgefallen und § 1354 aufgehoben worden.

- - - - - - - - - -

1) Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts vom 18. Juni 1957 (BGBl. I 609)

Eine naturgemäß noch größere Bedeutung und Beachtung kommt der Einigung der Ehegatten bei der Ausübung der elterlichen Gewalt zu.

An dieser Stelle sei betont, daß im folgenden häufig der Begriff "elterliche Gewalt" gebraucht wird, obwohl sich diese Untersuchung nur auf den Bereich der "elterlichen Personensorge" erstreckt. Wenn jedoch von elterlicher Gewalt gesprochen wird, so ist damit in erster Linie die "Personensorge" als wesentlicher Teilinhalt der elterlichen Gewalt gemeint, weil sich die elterliche Gewaltausübung in ganz überwiegendem Maße mangels Vermögen der Kinder in der Sorge für deren Person erschöpft.
Aus diesem Grunde gelten die in dieser Arbeit entwickelten Grundsätze ohne Einschränkung nur für die elterlichen Einigungen im Bereich der Personensorge. Die Frage, inwieweit sie auch auf den elterlichen Konsens bei der Ausübung der elterlichen Vermögenssorge übertragbar sind, ist daher hier nicht gestellt und untersucht worden.

Haben die Ehegatten bei der Entscheidung ihrer gemeinsamen ehelichen Angelegenheiten nur ihre eigenen Interessen aufeinander abzustimmen und werden im Falle des Scheiterns ihres Einigungsversuchs nur diese ihre eigenen Interessen berührt, so obliegt ihnen als elterlichen Gewalthabern bei der Ausübung ihrer elterlichen Rechte und der Wahrnehmung ihrer Pflichten eine ungleich größere Verantwortung.
Die Durchführung der Gleichberechtigung hat den Bereich der elterlichen Gewalt grundlegend umgestaltet und neben der Zuweisung der elterlichen Gewalt gleichzeitig und nebeneinander an Vater und Mutter (§ 1626 Abs. 1) in § 1627 bestimmt, daß die Eltern die elterliche Gewalt in "gegenseitigem Einvernehmen zum Wohle des Kindes" ausüben und bei Meinungsverschiedenheiten versuchen müßten, sich zu einigen. Obwohl sich diese Pflicht der Eltern bereits aus ihrer unzertrennlichen und auf Dauer gerichteten ehelichen

Lebensgemeinschaft und aus der Natur der beiden Elternteilen gemeinsam zustehenden elterlichen Gewalt ergibt, hat das Gesetz sie im Gegensatz zur Regelung der ehelichen Lebensgemeinschaft ausdrücklich ausgesprochen, wohl nicht zuletzt deshalb, weil diese Verpflichtung nicht nur wie im Fall des § 1353 dem anderen Ehegatten, sondern auch dem Kind gegenüber besteht.[1)]

Wird sich in einer guten Ehe die Ausübung der elterlichen Gewalt in der Regel auch im Einvernehmen der Eltern vollziehen und jede erzieherische Maßnahme die ausdrückliche oder zumindest stillschweigende Billigung des anderen Elternteiles finden, so ist das dieser Arbeit zugrundeliegende Problem doch nicht nur akademischer Natur. Die regelmäßige Selbstverständlichkeit einvernehmlicher Ausübung elterlicher Gewalt und die daher relativ große Seltenheit derartiger elterlicher Konflikte rechtfertigen es aber nicht, die Frage nach dem Wesen und der Bedeutung der elterlichen Einigung im heutigen Elternrecht nicht zu stellen.
Hinzu kommt, daß man von relativ großer Seltenheit solcher elterlicher Meinungsverschiedenheiten wohl nur deshalb sprechen kann, weil diese innerfamiliären Konflikte häufig nicht in Erscheinung treten und zwischen den Eltern ungelöst bleiben oder aber von einem von ihnen einseitig über den Kopf des anderen hinweg entschieden werden.
Verfehlt wäre es, wollte man annehmen, daß elterliche Meinungsverschiedenheiten über die Gestaltung der Kindererziehung nur den nicht mehr funktionierenden Ehen vorbehalten seien. Konflikte dieser Art sind vielmehr ein Phänomen, das auch in sog. guten Ehen

- - - - - - - - - -

1) Staudinger-Donau § 1627 Rdz. 20

zu beobachten ist, einfach deshalb, weil gerade gewissenhafte, das Wohl der Kinder anstrebende Eltern sich die Entscheidungen über Angelegenheiten der Kindererziehung nicht leicht machen und oft für die sich gegenüber stehenden Meinungen beider Elternteile sich gute Gründe ins Feld führen lassen. Vereinbarungen zwischen Ehegatten über Erziehungsmaßregeln und -methoden sind daher nicht nur den Ehen eigen, deren Vertrauensgrundlage erschüttert ist und in denen die Eltern auf - wie es scheint - einer ehelichen Lebensgemeinschaft nicht entsprechenden Weise ihre Erziehungsmaßnahmen durch Vereinbarungen regeln. Es gibt zwar wichtige Gruppen elterlicher Einigungen, die in einer guten Ehe keine Bedeutung erlangen, sondern nur für den Fall bedeutsam werden, daß die Ehe der Eltern rechtlich oder tatsächlich nicht mehr besteht und somit eine Regelung des Eltern- und Erziehungsrechts im Interesse einer ungestörten Kindererziehung notwendig wird. Gerade aber die oben erwähnte, tiefgreifende Umstrukturierung der elterlichen Gewalt hat auch für die intakte Ehe die Erörterung der mit dem Thema dieser Arbeit zusammenhängenden Fragen bedeutsam werden lassen.

Elterlicher Meinungsunterschied und Meinungsgegensatz bezüglich der Kindererziehung verlangt im Interesse der Kinder eine Lösung dieses Konflikts. Heute, nach Wegfall der väterlichen Prärogative, werfen die Fälle elterlicher Meinungsverschiedenheiten Fragen nicht nur nach der zuständigen Entscheidungsinstanz, sondern auch nach dem "Ob" und "Wie" dieser Entscheidung auf.

Der Gesetzgeber hat es bislang versäumt, die Lücke zu schließen, die durch die Feststellung der Nichtigkeit der §§ 1628, 1629 Abs. 1 seitens des Bundesverfassungsgerichts[1] und das damit verbundene Ausscheiden des Vaters als innerfamiliärer Entscheidungs-

- - - - - - - - - -

1) BverfG. 29.7.1959 BverfG. 10, 59 ff = NJW 1959, 1483 ff.

instanz entstanden ist. So bleibt es Lehre und Rechtsprechung überlassen, dafür Sorge zu tragen, daß die Fälle elterlichen Zwistes sinnvoll gelöst werden.

Bei der Frage, wie ein solcher Konflikt zu entscheiden ist, spielt die stets anzustrebende Einigung der streitenden Elternteile eine zentrale Rolle.

Diese Arbeit will ihren Teil dazu beitragen, die Bedeutung dieser elterlichen Einigung bei der Ausübung der elterlichen Gewalt zu ermitteln, vor allem deshalb, weil die heute konsequent durchgeführte Gleichberechtigung der Ehegatten auch im Bereich der elterlichen Gewalt der elterlichen Einigung über ihre bisher sittlich - moralische Funktion nun als grundsätzliches Erfordernis elterlicher Willensbildung rechtliche Aktualität verliehen hat. Der elterliche Konsens ist nicht mehr ein bloß natürliches, außerrechtliches Ordnungsprinzip. Zwar mag der von Schwoerer bemängelte Hang der deutschen Juristen nicht ganz unzutreffend sein, zu ordnungsfreudig und dogmatisch eingestellt zu sein, und sein Rat befolgenswert erscheinen, sich daran zu gewöhnen, daß es in der Familie Fragen gebe, die sich der Regelung durch Gesetz oder Gericht entzögen;[1)] sicherlich aber gehört die Frage nach der Bedeutung der Einigung gleichberechtigter Eltern nicht dazu. Dies gilt vor allem deshalb, weil das durch die Gleichberechtigung eingeführte Prinzip gemeinschaftlicher Willensbildung, d.h. das grundsätzliche Erfordernis elterlicher Einigung, die Rechtsidee der Kollegialität, im Bereich der elterlichen Gewalt noch für nicht wenige Vertreter des Familienrechts wegen des Fehlens der gesetzlichen Vorherrschaft eines Elternteils zum Scheitern bestimmt ist.

Man sollte nun meinen, daß zwar der elterliche Dissens, nicht aber die elterliche Einigung geeignet ist,

- - - - - - - - - -

1) ZBlJugR. 1951, 17 ff.

Probleme aufzuwerfen, erledigt doch letztere die ihr zugrundeliegende Angelegenheit und bestehen nun keine Hindernisse mehr zur Durchführung des einvernehmlich Beschlossenen.

Bleibt es bei der zwischen den Eltern erzielten Einigung und strebt keiner von ihnen eine Änderung ihrer gemeinsamen Entscheidung an, so ist dies auch der Fall. Die Einigung der Eltern bedeutet aber, wie jede Einigung im sonstigen rechtsgeschäftlichen Bereich auch, nur das Einigsein im Augenblick des Sich-einig-werdens. Eine Gewähr für die einvernehmliche Auffassung für alle Zukunft ist damit nicht gegeben. Auch die enge, auf gegenseitigem Vertrauen beruhende Lebensgemeinschaft der Eltern schließt nicht die Möglichkeit aus, daß ein Elternteil aus irgendwelchen Gründen die mit dem anderen getroffene Einigung nicht mehr aufrechterhalten und den das Kind betreffenden Fragenkomplex oder das einzelne erzieherische Problem in einem anderen Sinn entschieden wissen möchte. Ja, die den Eltern obliegende Pflicht ist es geradezu, getroffene Entscheidungen zu überdenken, an den sich ändernden Gegebenheiten neu zu orientieren und gegebenenfalls eine Änderung des mit dem anderen Teil erreichten Einvernehmens herbeizuführen.

Neben diesem begrüßenswerten Motiv, von einer mit dem anderen Elternteil erzielten Einigung loszukommen und sich entsprechend der nun besseren Einsicht neu zu einigen, gibt es selbstverständlich auch andere Ursachen elterlichen Änderungsbegehrens: sei es, daß der dissentierende Elternteil ohne ersichtlichen Grund es sich nun anders überlegt hat, sei es, daß er charakterlich zu jenen gehört, die an nichts festhalten können und von einem dauernden Neuerungsdrang erfüllt sind oder, was wohl seltener vorkommen dürfte, daß er sich aus Willkür oder Schikane an dem mit dem anderen Ehegatten Beschlossenen nicht mehr gebunden fühlen will.

Das wirft die im Rahmen dieser Arbeit besonders interessierende Frage auf, ob der Wille des von der Einigung abgehenden Elternteils rechtlich relevant, d.h. ob, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen es einem Elternteil möglich ist, eine solche Einigung zu beenden.

Die Entscheidung elterlicher Meinungsverschiedenheiten nach vorausgegangener, von einem Elternteil aber "widerrufener" Einigung hängt wesentlich davon ab, ob man die elterliche Einigung dem rechtlich irrelevanten, d.h. außerrechtlichen Bereich des rein familiären - gesellschaftlichen Lebens zuordnet oder ihr rechtliche Erheblichkeit und Bindungswirkung beimißt.

Die Antwort wird nur zu finden sein, wenn die Rechtsnatur der elterlichen Einigung geklärt ist, man sich aber darüberhinaus vor allem bewußt macht, daß über die Beantwortung dieser Frage hinaus sich die leitenden Gesichtspunkte nur aus dem Wesen der elterlichen Gewalt, der gleichzeitigen Verbundenheit und erzieherischen Einzelpersönlichkeit der Eltern sowie dem Charakter der elterlichen Gewalt als pflichtgebundenes Recht werden ermitteln lassen.

Bereits an dieser Stelle kann gesagt werden, daß für den Fall einer anzunehmenden Bindungswirkung des elterlichen Konsenses diese Bindung nicht von der starren und weitgehend unlösbaren Art des schuld- und vermögensrechtlichen Vertrags sein kann. Dabei wird sich zeigen, daß für die vielen möglichen Erscheinungsformen elterlicher Einigungen sich keine pauschalen Antworten finden lassen werden und man nicht der Prüfung enthoben werden kann, jeweils im Einzelfall die Frage nach der Rechtsnatur der elterlichen Einigung, der Bindungswirkung und der Intensität der Bindung stellen zu müssen.

Elterliche Einigung - Wirkungsweise der elterlichen Gewalt.

§ 2

1. Die Bedeutung der elterlichen Einigung für die Ausübung der elterlichen Gewalt, vor allem die Klarstellung ihrer Rolle, die sie dabei spielt, erfordert, soweit es für die sich hier s tellenden Fragen notwendig ist, ein kurzes Eingehen auf die Wirkungsweise der elterlichen Gewalt, d.h. auf die Art und Weise des Zusammen- und Mitwirkens von Vater und Mutter, anders ausgedrückt, auf die Art und Weise der Beteiligung beider Elternteile an der Erziehung ihrer Kinder.

   Dabei sei betont, daß diese Betrachtung auf die Untersuchung der gegenwärtigen Rechtslage beschränkt und nur so weit auf die Vergangenheit zurückgeblickt wird, wie zum Verständnis der elterlichen Gewalt in ihrer heutigen Gestalt nötig ist.

2. Jeder Maßnahme elterlicher Gewalt geht eine Willensbildung bei dem Inhaber der elterlichen Gewalt voraus, wie jeder Rechtsausübung der Entschluß des Rechtsträgers zur Rechtsbetätigung vorausgeht.

   In der Zeit vor dem Inkrafttreten des BGB, die entweder nur eine väterliche Gewalt kannte oder zwar wie das BGB von einer - seinerzeit als fortschrittliche Lösung empfunden - "elterlichen" Gewalt redete, praktisch und rechtlich aber der Mutter nur eine sehr bescheidene Stellung zuwies,[1] war die elterliche Einigung im Leben einer gut geführten Ehe wohl schon immer Grundlage elterlichen Handelns und damit

- - - - - - - - - -

1) vgl. v.a. § 1634 a.F.

elterlicher Willensbildung, juristisch aber wegen der umfassenden Entscheidungsbefugnis des Vaters nicht relevant.

Im ersteren Fall der alleinigen väterlichen Zuständigkeit fällte der Vater auf Grund alleiniger Willensbildung die Entscheidungen. Im zweiten Fall der (pseudo-) "elterlichen" Gewalt mit absoluter väterlicher Prärogative war dies nicht anders. Eine rechtliche Verpflichtung des Vaters, sich mit der Mutter zu einigen oder seiner alleinigen Entscheidung wenigstens einen solchen Versuch voranzustellen, hatte das BGB nicht vorgesehen. Sie ergab sich auch nicht aus dem Nebensorgerecht der Mutter, da das Gesetz auch insoweit bei elterlichen Meinungsverschiedenheiten der Auffassung des Vaters den Vorrang gab. Eine solche Verpflichtung des Vaters folgte allenfalls und in sehr beschränktem Umfang aus der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft[1], die aber auch hier durch das Entscheidungsrecht des Ehemannes (§ 1354 a.F.) nahezu nur auf dem Papier stand.

Solange also einem Elternteil entweder die elterliche Gewalt allein zustand oder ihm zumindest die alleinige Entscheidungsbefugnis gegeben war, blieb die elterliche Willensbildung "eine innere Tatsache" des Gewalthabers bzw. Entscheidungsberechtigten, "ein rechtlich nicht relevanter Entschluß"[2]

Auch das als über die Regelung des BGB hinausgehend bezeichnete und heute noch geltende Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921 (RKEG.), das erstmalig den Begriff der elterlichen Einigung auf dem Gebiet der religiösen Kindererziehung,[3] also

- - - - - - - - - -

1) Soergel-Siebert-Lange § 1627 Rdz. 1; Staudinger-Donau § 1627 Rdz. 1

2) Siebert NJW 1955, 1

3) § 1 RKEG

auf einem Teilgebiet der elterlichen Gewalt, einführte, brachte nur einen unzulänglichen Fortschritt in Richtung auf eine wahre elterliche, von beiden Elternteilen nur gemeinsam auszuübende Gewalt.

Die als jederzeit frei widerruflich ausgestaltete Einigung[1] bedeutete für die Mutter, jedenfalls was die Erstbestimmung des religiösen Bekenntnisses des Kindes betraf, nur eine der Willkür des Vaters unterliegende und daher sehr unbeständige Gewähr ihrer Mitbestimmung auf diesem wichtigen Sektor der Kindererziehung. Der Vater konnte durch einseitigen, freien Widerruf die Einigung zu Fall bringen und an deren Stelle seine Entscheidung als Personensorgeberechtigter setzen.[2]

3. Mit dem Inkrafttreten des GG bekam die Diskussion um die Gleichberechtigung neuen Auftrieb. Das in Art. 3 Abs. 2 GG niedergelegte Grundrecht der Gleichberechtigung von Mann und Frau (im Gegensatz zu Art. 119 Abs. 1 WRV. echte Rechtsnorm und nicht bloßer Programmsatz) brachte keine unmittelbare Änderung des entgegenstehenden Rechts. Aus Rücksicht auf die tiefgreifenden Auswirkungen dieses Grundsatzes wurde (deshalb) in Art. 117 Abs. 1 GG die Übergangsbestimmung getroffen, daß das dem Art. 3 Abs. 2 GG widersprechende Recht bis zur Anpassung an den Gleichberechtigungsgrundsatz, längstens jedoch bis zum 31. März 1953, in Kraft bleibt.

Obwohl bis zu diesem Zeitpunkt ein Anpassungsgesetz noch nicht ergangen war, sah die ganz überwiegende Rechtsprechung und Lehre[3] den Gleichbe-

- - - - - - - - - -

1) § 1 S. 2 RKEG

2) § 2 Abs. 1 RKEG. Anders dagegen im Fall des § 2 Abs. 2 RKEG, wonach Bekenntniswechsel oder Abmeldung vom Religionsunterricht nur mit Zustimmung des anderen Elternteils, also nur im Einverständnis der Mutter, möglich war.

3) vgl. dazu die umfassende Übersicht bei Staudinger-Donau Vorbem. zu § 1626 Rdz. 17 sowie Soergel-Siebert-Lange vor § 1626 Rdz. 10 ff.

rechtigungsgrundsatz seit dem 1. April 1953 als geltendes Recht, also insbesondere die Beschränkung der Mutter auf die Nebensorge und ihren Ausschluß von der gesetzlichen Vertretung als außerkraftgetreten, an. Dies war im Grundsatz ebenso allgemein anerkannt wie die Notwendigkeit, daß dieses gesetzgeberische Versäumnis nunmehr durch die Rechtsprechung im Sinn der gleichrangigen Beteiligung der Mutter an der elterlichen Gewalt wettgemacht werden mußte.

So bestimmte das diese Anpassung schließlich vollziehende Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957[1] durch Neufassung des § 1626, daß das minderjährige Kind unter der elterlichen Gewalt des Vaters und der Mutter steht und Vater und Mutter kraft der elterlichen Gewalt für die Person des Kindes zu sorgen berechtigt und verpflichtet sind. § 1627 legt den Eltern auf, die elterliche Gewalt in gegenseitigem Einvernehmen auszuüben und bei Meinungsverschiedenheiten sich zu einigen zu versuchen.

Der in diesen Bestimmungen zum Ausdruck gekommene Grundsatz der Gleichrangigkeit und Gleichberechtigung beider Elternteile wurde aber in den §§ 1628, 1629 Abs. 1 in einschneidender Weise dadurch wieder eingeengt, daß dem Vater der Stichentscheid bei elterlichen Meinungsverschiedenheiten sowie im Regelfall die alleinige gesetzliche Vertretung zugestanden und die elterliche Gewalt der Mutter praktisch wieder zur "Nebengewalt" abgewertet wurde. Die in den §§ 1626, 1627 ausgesprochene Gleichrangigkeit beider Elternteile und die ihnen auferlegte Einvernehmlichkeit bei der Ausübung der elterlichen Gewalt wurden daher von vielen als bloßes gesetzgeberisches Lippenbekenntnis empfunden und als "fast irreführend"[2] bezeichnet.

- - - - - - - - - -

1) In Kraft getreten am 1.7.1958

2) Staudinger-Donau Vorbem. zu § 1626 Rdz. 31

Durch die bereits oben erwähnte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wurden diese beiden dem Vater ein entscheidendes Übergewicht einräumenden Normen für verfassungswidrig erklärt. Erst seitdem ist die mütterliche Gewalt der väterlichen völlig gleichgeordnet. Mit dem Wegfall der väterlichen Prärogative und des Alleinvertretungsrechts des Vaters hat das Elternrecht seine heutige Gestalt erhalten. Nunmehr ist klargestellt, daß im Regelfall Vater und Mutter ohne jede Bevorrechtung des einen oder anderen gemeinsam und gleichberechtigt Träger der elterlichen Gewalt sind.

4. Die Frage nach der Bedeutung der elterlichen Einigung ist mit der Feststellung der Gleichberechtigung beider Elternteile noch nicht beantwortet. Offen ist noch, welchen Einfluß die Durchführung dieses Grundsatzes auf die Wirkungsweise der elterlichen Gewalt hat und welche Funktion der Einigung im Zusammenwirken der Eltern bei der elterlichen Gewaltausübung zukommt.

Die Zuteilung der elterlichen Gewalt an Vater und Mutter besagt noch nichts darüber, in welchem Verhältnis die elterlichen Gewalthaber bei der Erfüllung ihrer elterlichen Pflichten und Ausübung ihrer elterlichen Rechte zueinander stehen. Erst wenn diese Frage der Formierung der väterlichen und mütterlichen Gewalt geklärt ist, kann die Wirkungsweise der elterlichen Gewalt, d.h. des Zusammenwirkens beider Elternteile, und die Erheblichkeit der dabei erzielten oder nicht erreichten Einigung deutlich werden.

§ 1626 enthält hierüber keine Auskunft. Hier hat sich der Gesetzgeber über die Struktur der elterlichen Gewalt, d.h. über die Art der Beteiligung beider Elternteile an ihr, bewußt oder unbewußt ausgeschwiegen. Aus dem Wortlaut des § 1626 kann nicht unmittelbar da-

rauf geschlossen werden, daß es sich bei der Vater und Mutter gleichrangig zugewiesenen Inhaberschaft der elterlichen Gewalt um eine Gemeinschaftlichkeit beider Elternteile handelt, und daher auch nicht darauf, welcher Art diese Gemeinschaftlichkeit der Eltern ist.[1] Daß dieses Versäumnis zu mehr als nur theoretischen Überlegungen Anlaß gibt, geht daraus hervor, daß offen ist, in welcher Weise die Eltern bei der Ausübung der elterlichen Gewalt zusammenwirken müssen:

Versteht das Gesetz, wenn es von der elterlichen Gewalt des Vaters und der Mutter spricht, darunter eine beiden Elternteilen gemeinschaftlich zustehende elterliche Gewalt, ein einziges ungeteiltes Elternrecht ? Können die Eltern daher Fragen elterlicher Gewaltausübung nur gemeinsam entscheiden und durchführen und ist das elterliche Einvernehmen im konkreten Fall für das elterliche Erziehungsrecht von konstitutiver Bedeutung, dieses Recht also nur ein bloßer "Reflex der elterlichen Einigung"[2] ? Oder ist unter der elterlichen Gewalt des § 1626 die Beteiligung der Eltern an der Ausübung der elterlichen Gewalt so zu verstehen, daß es sich bei dem Recht des Vaters und der Mutter um "zwei selbständige Rechte handelt, die lediglich in ihrer Ausübung aneinander gebunden sind"[3], so daß jeder Elternteil Inhaber der vollen elterlichen Gewalt in allen ihren Bestandteilen ist ?

Danach könnte also die gleichrangige Beteiligung beider Elternteile einmal bedeuten, daß die elterliche Gewalt ein beiden Elternteilen gemeinschaftlich zustehendes Recht ist, wobei aber unbeantwortet bliebe, ob es sich bei dieser Gemeinschaft um eine

- - - - - - - - - -

1) RGRK. (Scheffler) § 1626 A. 9.

2) So OLG Schleswig 31.7.1964 FamRZ 1965, 224 ff (226)

3) Gernhuber LB. § 49 I 2, 502

der uns sonst vertrauten Beteiligungen mehrerer an einem Recht, um eine Bruchteils-[1] oder Gesamthandsgemeinschaft[2] handelt.[3]

Soweit das modernere Schrifttum zu überblicken ist, wird die Einordnung der elterlichen Gewalt unter die genannten Organisationsformen zu Recht als eine Konstruktion bezeichnet, die dem Normenkomplex der §§ 1626 ff. unzugänglich und den Erfordernissen einer sinnvollen Kindererziehung widersprechend ist.[4]

Ebensowenig möglich ist, in diesem Zusammenhang die Parallele zu den §§ 420 ff. zu ziehen und die Gemeinschaftlichkeit der Eltern als elterliche Gewalthaber im Sinne einer Gesamtschuldnerschaft zu verstehen. Nach § 1664 Abs. 2 sind zwar die Eltern als Gesamtschuldner verantwortlich, jedoch lassen sich diese Grundsätze des Gesamtschuldverhältnisses wohl für alle Pflichten der Eltern, nicht aber auch entsprechend auf ihre Befugnisse übertragen.

So entzieht sich die elterliche Gewalt jeder gemeinschaftlichen Zuständigkeit, nicht zuletzt auch deshalb, weil sie auch zur Überwachung des Partners verpflichtet, was mit gemeinschaftlicher Zuständigkeit nicht vereinbar wäre.[5]

- - - - - - - - - -

1) Opet-v. Blume Vorbem. zu § 1626 A. 2

2) So wohl, wenn auch nicht ausdrücklich, OLG Schleswig 31.7.1964 FamRZ. 1965, 226

3) vgl. auch die anderen in der Diskussion um die Ehe gefallenen Begriffe: "Lebenskameradschaft" (Information für die Frau, Sonderheft April 1953); "Partnerschaft" (Hahn, BT-Deb. zur Familienrechtsreform II/498 B); "Kollegialität" (Scheffler, 38. DJT., S. 24 ff.); "Genossenschaft" (Geiler, 38. DJT.,64); "moralische und juristische Person" (Ziegler, Entscheidungsrecht, 214, Fußn. 110).

4) Gernhuber LB. § 49 I 2, 502 u. FamRZ. 1965, 227: Siebert NJW 1955, 1 ff. (4); RGRK. (Scheffler) § 1627 A. 1, 13; RegEntw. BT-Drucks. 1. Wahlperiode 1949, Drucks. 3802 zu § 1627.

5) Gernhuber FamRZ. 1962, 89 ff. (95 r.Sp.)

Die gleichwertige Beteiligung von Vater und Mutter an der elterlichen Gewalt ist daher nur so zu verstehen, daß von je einer väterlichen und mütterlichen Gewalt auszugehen ist.[1] Jeder Elternteil tritt dem Kind als selbständige Erzieherpersönlichkeit entgegen.[2] Nur so kann jeder von ihnen seine individuell geprägte Autorität für die Erziehung der Kinder nutzbar machen. Dem Kind gegenüber ist jeder Elternteil berechtigt, selbständig zu handeln, was selbst für den Fall gilt, daß die Maßnahme im Einzelfall einer vorherigen gemeinsamen Absprache der Eltern widerspricht. Eine einigungswidrige, eigenmächtige Handlung eines Elternteils kann also auf die rechtliche Wertung der Ausübungshandlung gegenüber dem Kind keinen Einfluß haben. Der Gleichberechtigungsgrundsatz kann im Verhältnis der Eltern zu dem Kind nicht dazu führen, daß eine einigungswidrige elterliche Maßnahme gegenüber dem Kind rechtswidrig oder sonst rechtlich fehlerhaft wäre. Dies wäre ein unerträglicher Widerspruch zu der selbständigen Erzieherstellung jedes Elternteils und das Ende elterlicher Autorität.[3] Es wäre unausdenkbar, könnte sich das Kind darauf berufen, daß eine elterliche Maßnahme nicht ohne oder gegen den Willen des anderen Elternteils getroffen werden kann, und sich damit gewissermaßen ein aufschiebendes Veto gegen die Weisung des einen Elternteils sichern.[4]

- - - - - - - - - -

1) So die wohl h.M.: Gernhuber LB. § 49 I 2, 502 und FamRZ. 1962, 89 ff (95); RGRK. (Scheffler) § 1627 A. 1; Siebert NJW 1955, 1 ff. (4); Staudinger-Donau § 1626 Rdz. 13, der in diesem Zusammenhang die Parallele zur Rechtsstellung der römischen Magistrate zieht.

2) Gernhuber LB. § 50 I 3, 535

3) Siebert NJW 1955, 2 u. 5; Gernhuber LB. § 50 I 3, 535; RGRK (Scheffler) § 1627 A.4

4) Anders aber, wenn beide Elternteile widersprechende Weisungen erteilen, die sich dann in ihrer Wirkung gegenüber dem Kind gegenseitig aufheben müssen und von diesem daher nicht zu befolgen sind. Vgl. dazu Siebert NJW 1955, 1 ff. (5); Staudinger-Donau § 1626 Rdz. 14

5. Die Feststellung, daß jeder Elternteil dem Kind gegenüber selbständig handeln kann, könnte den Schluß nahelegen, daß, wenn elterliches Einvernehmen für die Wirksamkeit elterlichen Handelns ohne Belang ist, einigungswidriges Verhalten eines Elternteils ohne Rechtsfolgen bleibe.

Das aber bedeutete, den § 1627 mit der dazu den Eltern auferlegten Pflicht zu einvernehmlichem Handeln zu einer sanktionslosen, inhaltsleeren Norm abzuwerten. Ein Verstoß gegen eine gesetzliche Pflicht kann nicht ohne Rechtsfolgen bleiben. Hierbei ist zwischen dem Verhältnis der Eltern zum Kind und dem internen Verhältnis der Eltern untereinander zu unterscheiden.

"Die Ehegatten verlieren (zwar im Verhältnis zum Kind) durch eine Einigung nichts an Rechtsmacht"[1], was aber nicht heißt, daß diese Selbständigkeit beider Elternteile der elterlichen Einigung keine Bedeutung im Elternrecht zukommen läßt. Sind Weisungen dem Kind gegenüber auch dann wirksam, wenn nur ein Elternteil sie gegen oder ohne Billigung des anderen erteilt, so begeht der betreffende Elternteil doch "einen Verstoß gegen die Gleichberechtigung"[2] und damit gegen die ihm in § 1627 auferlegte Pflicht einvernehmlichen Handelns. Er verletzt das Recht des anderen und begeht diesem gegenüber eine Pflichtwidrigkeit, die u.U. eine Eheverfehlung im Sinne des § 43 EheG. 46 darstellen kann.[3]

- - - - - - - - - -

1) Gernhuber LB. § 18 IV 4, S. 157

2) Siebert NJW 1955, 1 ff. (4)

3) RGRK. (Scheffler) § 1627 A. 4; Palandt-Lauterbach § 43 EheG. A. 13; Erman-Ronke § 1627 A. 2 b; Soergel-Siebert-Lange § 1627 Rdz. 6; Staudinger - Donau § 1626 Rdz. 14 und § 1627 Rdz. 22-24. Eine solche Pflichtverletzung kann u.U. zur Anwendung des § 1666 führen, jedoch nur dann, wenn der Grund für das Eingreifen des Vormundschaftsgerichts nicht die Verletzung des Rechts des anderen Elternteils ist, sondern diese Verletzung zugleich die einzelnen in dieser Vorschrift aufgeführten Voraussetzungen erfüllt.

Die elterliche Gewalt jedes Elternteils ist also intern durch das Gebot "gegenseitigen Einvernehmens" eingeschränkt. Die gemeinsame Verantwortung der Eltern würde "unter einem prinzipienlosen Dualismus leiden"[1], ließe man die beiden Elternteilen zustehenden Rechte ohne jede rechtliche Formierung nebeneinander bestehen. Hier liegt die große Bedeutung der elterlichen Einigung im neuen, durch das Gleichberechtigungsgesetz tiefgreifend geänderten Elternrecht. Die elterliche Einigung ist nicht nur das "natürliche Ordnungsprinzip für die Ausübung der elterlichen Gewalt"[2], sondern das Mittel rechtlicher Formierung väterlicher und mütterlicher Gewalt zu einer im echten Sinne elterlichen, jede Diskriminierung der einzelnen Erzieherpersönlichkeit ausschließenden Gewalt.

6. Diese Struktur der Gleichrangigkeit und Gleichwertigkeit beider elterlicher Gewalthaber - formiert durch das Gebot gegenseitigen Einvernehmens - hat zur Folge, daß die regelmäßige Willensbildung im Bereich der elterlichen Gewalt sich nicht mehr durch Entschluß eines die elterliche Gewalt allein tragenden oder elterliche Meinungsverschiedenheiten entscheidenden Elternteils vollzieht, sondern nun die notwendige Normalform elterlicher Willensbildung die gemeinsame Beschlußfassung[3], die Einigung, ist. Nur gemeinsame Beratung und Entscheidung und nur die Ausführung gemeinsam gebilligter Maßnahmen befreien die Eltern von dem Vorwurf, pflichtwidrig zu handeln.

Das Gebot gegenseitigen Einvernehmens bei der Ausübung der elterlichen Gewalt verlangt aber nicht "gemeinschaftliche Ausübung" des gemeinsam Beschlossenen, formiert die Elternrechte von Vater und Mutter viel-

- - - - - - - - - -

1) Gernhuber LB. 50 I 1, 533

2) Soergel (8. Aufl.) Vorbem. vor § 1626 A. 4; Siebert-Vogel Vorbem. vor § 1626 A. 4; Paulick FamRZ. 1958, 1 ff. (3).

3) Siebert NJW 1955, 1

mehr nur im Bereich elterlicher Willensbildung. "Denn die Ausführung kann auch dann dem "gegenseitigen Einvernehmen" entsprechen, wenn die Maßnahme nur von einem Elternteil ausgeführt wird."[1]

Auf diesem Hintergrund der Entwicklung von der Alleingewalt eines Elternteils zur elterlichen Gewalt beider Elternteile und der nun notwendig gewordenen Erzielung eines übereinstimmenden Willens beider Elternteile ist die Bedeutung der elterlichen Einigung heute als notwendiges, unabdingbares Mittel der Formierung der gleichstarken Rechte von Vater und Mutter zu sehen.

7. Wenn auch nicht bestritten werden kann, daß der Grundsatz, die planende Willensbildung über die Ausübung der elterlichen Gewalt müsse regelmäßig durch Beschlußfassung beider Elternteile, also durch ihre Einigung, geschehen, richtig ist, so darf nicht verkannt werden, daß die inhaltliche Reichweite dieses Grundsatzes einzuschränken ist.[2] Es wäre lebensfremd und eine Überspitzung des Gebots der Gemeinschaftlichkeit elterlicher Gewaltausübung, wollte man es für unzulässig erachten, daß Vater und Mutter in vielen Fällen über die Ausübung der elterlichen Gewalt selbständig Entschlüsse fassen und sie ausführen. Die jeweilige Ordnung in der Familie und die Lebenswirklichkeit setzen dem Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit elterlichen Handelns, vor allem der vorherigen elterlichen Beratung und gemeinschaftlichen Willensbildung, gewisse Grenzen.

Auf bestimmten Gebieten führt diese Selbständigkeit praktisch zu einer gewissen Aufgabenteilung zwischen den Eltern mit der Folge, daß ein Elternteil sich

- - - - - - - - - - -

1) Staudinger-Donau § 1627 Rdz. 15; vgl. auch Dölle II § 91 III e, 143; RGRK. (Scheffler) A. 13

2) Siebert NJW 1955, 2; Staudinger-Donau § 1627 Rdz. 14; Soergel-Siebert-Lange § 1627 Rdz. 4; RGRK. (Scheffler) § 1627 A. 4

mit einer bestimmten Art von Angelegenheiten - mit Ausnahme der von besonderer Wichtigkeit - allein befaßt und auch entscheidet.

Rechtskonstruktiv ist in dieser selbständigen, partiellen Entscheidungsbefugnis eines Elternteils eine ausdrücklich oder stillschweigend erfolgte Aufgabenteilung zu sehen.[1] Die Auffassung, die Aufgabenteilung der Eltern lasse sich als objektives Recht unmittelbar aus der Ordnung der Familie herleiten,[2] übersieht, selbst wenn man eine solche Rechtsquelle anerkennen würde, daß heute die Gleichberechtigung und verbreitete Berufstätigkeit der Mutter nicht selten eine Verschiebung der herkömmlichen mütterlichen und väterlichen Aufgaben zur Folge haben und daher nur noch schwer von einer "Ordnung der Familie" als Rechtsquelle gesprochen werden könnte.

Die hier vertretene Begründung der sich zwischen Eltern in der Regel einspielenden Aufgabenteilung ist nicht nur dogmatisch allein vertretbar, sondern folgt notwendig aus dem Gleichberechtigungsgrundsatz, wonach eine aus objektivem Recht folgende und damit schematische Aufteilung elterlicher Zuständigkeiten zumindest bedenklich wäre.[3]

- - - - - - - - - -

1) Erman-Ronke § 1627 A. 1 c; Beitzke JR. 1959, 402; Palandt-Lauterbach § 1627 A. 1; Staudinger-Donau § 1627 Rdz. 14 und 17; Boehmer Einführung, 151; ebenso Siebert NJW 1955, 2, der aber noch weiter geht und eine solche Zuständigkeitsgestaltung als ein unmittelbar objektives Recht aus der Ordnung der Familie herleitet. Mißverständlich RGRK. (Scheffler) § 1627 A. 13, wonach "eine solche Aufgabenteilung auf stillschweigender oder ausdrücklicher Vereinbarung beruhen" oder auch erfolgen kann, "ohne daß sich die Eltern Rechenschaft ablegen", und Dölle II § 91 III 2 e, 143, der von einer "natürlichen oder vereinbarten Aufgabenteilung" spricht

2) insbes. Siebert NJW 1955, 2

3) Eine Ausnahme ist der der Mutter kraft Gesetzes in gewissem Rahmen bei der Sorge für die Kinder zufolge § 1356 Abs. 1, S. 1 eingeräumte Entscheidungsvorrang. Vgl. dazu Beitzke JR. 1959, 403; Bosch FamRZ. 1959, 266; Soergel-Siebert-Lange § 1628 Rdz. 8; Staudinger-Donau § 1627 Rdz. 17 a

Dies zeigt, daß die Erscheinung der Aufgabenteilung der Eltern auf dem Gebiet der elterlichen Gewalt keine Durchbrechung des Grundsatzes gemeinsamer elterlicher Beratung und Beschlußfassung ist. Grundlage des selbständigen Handelns eines Elternteils ist insoweit ja nicht ein dahingehendes eigenes, originäres Recht des handelnden Elternteils, sondern das ausdrückliche oder stillschweigende Einverständnis des anderen Elternteils in diese Teilung der elterlichen Aufgaben.

Dieses Einverständnis, das für ein bestimmtes Aufgabengebiet generell erteilt ist, verleiht also dem mit diesen Aufgaben betrauten Elternteil deshalb das Recht, eine konkrete Angelegenheit dieses Sachbereichs selbständig zu erledigen, weil sich der andere Elternteil vorweg damit einverstanden erklärt hat. Daß sich der handelnde Elternteil im Rahmen des erteilten Einverständnisses zu halten hat und seine Entscheidungsbefugnis nicht mißbrauchen darf, ergibt sich daraus, daß seine ihm zugewiesene Selbständigkeit nur so weit reicht, wie der andere Elternteil in diese sachliche Aufgabenteilung eingewilligt hat.

In wichtigen Fragen, die zwar ihrer Art nach in das selbständige Aufgabengebiet des betreffenden Elternteils fallen, ist in der Regel aber anzunehmen, daß diese Entscheidungen nicht von dem vorher erteilten Einverständnis des anderen Elternteils bezüglich der "Ressortsverteilung" gedeckt wird.

Selbst wenn die zwischen den Eltern vereinbarte Aufgabenteilung auch die selbständige Entscheidung einer solchen Frage durch den betreffenden Elternteil rechtfertigen würde, ist eine nochmalige Rücksprache mit dem anderen Elternteil zwar rechtlich nicht erforder-

lich, aus erzieherischen Gründen aber ratsam und geboten.[1)]

Begründete das eben beschriebene Phänomen der elterlichen Aufgaben - und Funktionsteilung selbständige Entscheidungsbefugnisse eines Elternteiles, ohne den Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit elterlichen Handelns anzutasten, so gibt es auch einen Bereich elterlicher Gewaltausübung, in dem jeder Elternteil allein und ohne Ableitung dieser Befugnis vom anderen entscheidungsbefugt ist. Die Lebenswirklichkeit und die Erfordernisse einer sinnvollen Kindererziehung verleihen jedem Elternteil selbständige Entscheidungsbefugnisse "vor allem in den laufenden Angelegenheiten des Alltags"[2)]. Dabei ist namentlich an die vielen im Einzelfall unwichtigen, wenn auch im Gesamtgefüge der Erziehung bedeutsamen Entscheidungen und Maßnahmen zu denken, die bei der Ausübung der tatsächlichen Fürsorge und Erziehung zu treffen sind. Hier handelt es sich um eine Modifikation des Grundsatzes der Gemeinschaftlichkeit elterlicher Gewaltausübung, um ein originäres Recht eines jeden Elternteiles, das nicht auf einem vorangegangenen elterlichen Konsens beruht und den handelnden Elternteil berechtigt, Maßnahmen unabhängig vom anderen und ohne Rücksicht auf eine ausdrückliche oder stillschweigende Billigung des anderen durchzuführen. Als besonders deutliches Beispiel hierfür wird verschiedentlich die Pflege des Kleinkindes genannt.[3)] Ein weiteres Beispiel: Die Mutter verbietet dem Sohn, auf dem Hof Fußball zu spielen, weil der Ball wiederholt in den Garten des Nachbarn geflogen und Anlaß

- - - - - - - - - -

1) Staudinger-Donau § 1627 Rdz. 14 d; Soergel-Siebert-Lange § 1627 Rdz. 4

2) Siebert NJW 1955, 2

3) Siebert NJW 1955, 2; Beitzke JZ 1952, 744 (745); vgl. auch in diesem Zusammenhang die Fälle mütterlicher Prärogative im Rahmen des § 1356 Abs. 1 S. 1, Fußn. 3 auf S. 19

zu Unstimmigkeiten mit ihnen war. Dieses Recht hat die Mutter, obwohl der Vater als begeisterter Fußballer in solchen Fällen dem Jungen gegenüber sehr nachsichtig ist.

Eine weitere Durchbrechung der aufgestellten Regel stets notwendiger gemeinschaftlicher Beratung und Beschlußfassung beider Elternteile ist in der Befugnis jedes Elternteiles zu erblicken, in dringenden, ohne Nachteil für das Kind nicht mehr aufzuschiebenden Fällen ohne Befragung des anderen zu handeln. "Dies folgt daraus, daß jeder Elternteil Inhaber der elterlichen Gewalt ist und die interne Einschränkung seiner Rechtsstellung durch das Gebot gegenseitigen Einvernehmens in derartigen Fällen unberücksichtigt bleiben muß, wenn im Interesse des Kindes eine sofortige Entscheidung unumgänglich wird."[1)]

Aber auch hier gebietet die grundsätzlich gemeinschaftlich auszuübende elterliche Gewalt dem handelnden Elternteil, die ihm bekannte oder mutmaßliche Auffassung des anderen Elternteils nicht ohne zwingenden Grund unberücksichtigt zu lassen.

Ergebnis: Die elterliche Einigung ist grundsätzlich die notwendige Normalform elterlicher Willensbildung, in den Fällen gebotenen Einvernehmens der Eltern daher Voraussetzung zwar nicht rechtmäßigen Handelns gegenüber dem Kind, wohl aber pflichtgemäßen elterlichen Handelns im Verhältnis der Eltern untereinander und somit rechtlich unmittelbar relevant.
Selbständig entscheidungsbefugt ist ein Elternteil auf den Gebieten elterlicher Gewalt, die ihm kraft Aufgabenteilung zur selbständigen Ausübung zugewiesen sind.
In unwichtigen Angelegenheiten des laufenden Alltags sowie in Fällen, in denen Maßnahmen im Interesse des Kindes selbst bis zur Rücksprache mit dem anderen Elternteil nicht aufgeschoben werden können, hat jeder Elternteil die Befugnis, ohne Befragung des anderen zu handeln.

- - - - - - - - - -

1) Staudinger-Donau § 1627 Rdz. 14 e; vgl. insbes. auch Gernhuber FamRZ. 1962, 89 ff. (96)

Erscheinungsformen elterlicher Einigungen

§ 3

1. Die Vielgestaltigkeit des Lebens macht es unmöglich, alle denkbaren Arten elterlicher Einigungen auch nur annähernd zusammenzustellen. Trotzdem soll versucht werden, der weiteren Untersuchung eine Reihe elterlicher Einigungen voranzustellen, nicht zuletzt deshalb, weil erst die Einführung konkreter Beispiele die Bedeutung dieser Untersuchung für die rechtliche Wertung elterlichen Einvernehmens erkennen läßt.

2. Ähnlich wie es bei der Vollmacht umfassende und weniger umfassende, General- und Spezialvollmachten, solche zu wichtigen und weniger wichtigen Rechtsgeschäften gibt, erstrecken sich die elterlichen Einigungen auf einen ganzen Erziehungskomplex oder haben nur die Entscheidung einer einzelnen erzieherischen Angelegenheit zum Inhalt, handelt es sich um sachlich und zeitlich weitreichende, generelle oder um momentan auftretende Erziehungssituationen entscheidende, spezielle Einigungen der Eltern, betreffen diese für das Leben des Kindes einschneidende oder unbedeutende Fragen.

3. Zunächst seien Beispiele umfassender Elterneinigungen genannt.
Solange die Ehe der Eltern ungestört besteht und die Eltern auch nicht durch irgendwelche Umstände bedingt getrennt leben, werden sie im Regelfall die jeweils auftretenden Probleme elterlicher Gewaltausübung beraten und eine gemeinsame Entscheidung suchen. Für umfassende, generelle Einigungen über erzieherische Fragen, die einem Elternteil dann für die Zukunft bezüglich der gesamten Gewaltausübung oder auf einem Sektor elterlicher Gewalt weitgehende,

selbständige Entscheidungsbefugnisse einräumen, besteht bei jederzeitiger elterlicher Präsens in der Regel kein Bedürfnis.
Etwas anderes muß gelten, wenn die Ehe der Eltern rechtlich oder tatsächlich nicht mehr besteht und ein Zusammenwirken der Eltern oft schon rein räumlich nicht mehr möglich ist und ein Festhalten an diesem Erfordernis auch wegen der in diesen Fällen eingetretenen Entfremdung der Eltern dem Wohl des Kindes sehr abträglich wäre.

Hier liegt es im Kindesinteresse, daß die Kinder nicht über den Scheidungsstreit zum Streitobjekt der Eltern werden und ein Elternteil möglichst allein für die Zukunft die elterliche Gewalt ausübt. Gleiches gilt, wenn die Eltern dauernd getrennt leben.

Diesen Lebensverhältnissen hat der Gesetzgeber Rechnung getragen (§§ 1671, 1672) und dem Vormundschaftsgericht die Entscheidung übertragen, welchem Elternteil die elterliche Gewalt zustehen soll. In diesem Verfahren ist eine Einigung der Eltern über die Regelung der elterlichen Gewalt von entscheidender Bedeutung.[1]

- - - - - - - - - -

1) Im Gegensatz zu § 74 EheG., wo noch von der "Einigung" der Eltern die Rede war, spricht § 1671 Abs.2 von "gemeinsamem Vorschlag". Der Streit, ob ein solcher Vorschlag eine Einigung der Eltern verlangt (Achilles-Greiff-Beitzke § 1671 A. 6; Erman-Ronke § 1671 A. 7; Riedel Geschiedene Ehen, 23; offenbar auch RGRK. (Scheffler) § 1671 A. 54) oder übereinstimmende Vorschläge der Eltern ohne zugrundeliegende Einigung genügen [BGHZ. 29.6.1960 FamRZ. 1960, 397 ff. (398); Gernhuber LB. § 56 III 2, Fußn. 2, 612; Schwoerer FamRZ. 1958, 433 ff. (436); Soergel-Siebert-Lange § 1671 Rdz. 17] kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben. Hier interessiert nur der Fall des auf einer Einigung beruhenden Vorschlags der Eltern.

Nach § 1671 Abs. 2 soll das Vormundschaftsgericht von ihr nur abweichen, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist. Der elterliche Konsens im Rahmen des § 1671 Abs. 2 ist eine Einigung über die gesamte künftige Ausübung der elterlichen Gewalt und daher die denkbar umfassendste Einigung über die künftige Ausübung der trotz der Scheidung oder dauernden Trennung zunächst weiterhin den Eltern gemeinschaftlich zustehenden elterlichen Gewalt.

In diesem Zusammenhang ist an die häufig anzutreffende elterliche Absprache zu denken, in der die in Scheidung lebenden Eltern für die Dauer des Scheidungsstreits bis zur vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung über die elterliche Gewalt vereinbaren, die Kinder bei dem einen oder anderen zu lassen. Sachlich ist diese Einigung ebenso umfassend wie die über die endgültige Verteilung der elterlichen Gewalt, nur ist sie zeitlich auf die Dauer des Scheidungsstreits beschränkt.

Sachlich und zeitlich umfassend ist die Einigung zwar dauernd getrennt lebender Ehegatten, die aber aus irgendwelchen Gründen keinen Antrag nach § 1672 S. 2 stellen, weil etwa der abwesende Elternteil mit dem Verbleiben der Kinder bei dem anderen einverstanden ist.

Die Ausübung der gesamten elterlichen Gewalt, wenn auch zeitlich begrenzt, betrifft die in der Praxis nicht selten vorkommende Abrede geschiedener Ehegatten, daß das Kind vorerst[1] bei dem Elternteil

- - - - - - - - - -

1) d.h. entweder für eine bestimmte Dauer (z.B. bis zu einem bestimmten Alter des Kindes) oder bis zum Eintritt eines von den Eltern in Aussicht genommenen Ereignisses (z.B. bis zur Gesundung des anderen Elternteils)

bleiben soll, dem die elterliche Gewalt nicht zugeteilt werden soll oder, falls die Einigung nach der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung zustandekommt, nicht zugeteilt worden ist.

4. Sachlich umfassend, zeitlich aber auf die Dauer der Trennung beschränkt, ist die Einigung nur vorübergehend getrennt lebender Eltern. Bei längerer Abwesenheit des einen Elternteils - wohl meist des Vaters - sind sich die Eltern entweder ausdrücklich oder in der Regel wohl stillschweigend darüber einig geworden, daß der zurückbleibende Elternteil die Erziehung der Kinder mit allen Rechten und Pflichten soll ausüben und alle zu Beginn der Trennung noch gar nicht voraussehbaren, von Fall zu Fall erforderlich werdenden Maßnahmen soll treffen können. Die stete Herbeiführung einer elterlichen Einigung über jede einzelne, oft auch wichtige erzieherische Frage ist unter solchen Umständen nicht möglich und daher nur im Wege eines solchen vorwegerklärten Generalkonsenses zu ersetzen.

Voraussetzung dafür ist allerdings, daß das Vormundschaftsgericht nicht auf Grund des § 1674 Abs. 1 festgestellt hat, daß der abwesende Teil die elterliche Gewalt auf längere Zeit nicht ausüben kann und dessen elterliche Gewalt dann ruht. Ist dies der Fall, so ist die Grundlage für die selbständige Handlungsbefugnis des bei dem Kind befindlichen Elternteils nicht eine solche vorwegerklärte umfassende Einigung, sondern die Tatsache, daß er nun die elterliche Gewalt allein ausübt (§ 1678 Abs. 1) und es daher eines Einvernehmens mit dem abwesenden Elternteil nicht bedarf.

Hier nur einige Beispiele solcher Lebensverhältnisse, die sich beliebig vermehren ließen:
Der Vater ist im Krieg, leistet seinen Wehrdienst ab oder befindet sich auf einer längeren Wehr- oder

Manöverübung. Der Vater befindet sich als Monteur in Übersee. Er studiert oder bildet sich sonst beruflich fort. Die Mutter ist infolge einer langwierigen Krankheit in einem weitentfernten Sanatorium. Ein Elternteil ist auf einer längeren Reise oder sitzt etwa in Strafhaft.

5. Auch im Leben einer intakten, nicht getrennt lebenden Familie gibt es neben den zahlenmäßig weit dominierenden elterlichen Einigungen im konkreten Einzelfall generelle und über eine Einzelfrage hinausgehende elterliche Einigungen. Wie auf S. 18ff. beschrieben, hat in fast jeder Familie die Zeit des Zusammenlebens eine Aufteilung der elterlichen Aufgaben nach "Ressorts" mit sich gebracht. Jeder Elternteil hat dann die in dem ihm zugewiesenen Sachbereich (die Mutter etwa bei der Kleinkindpflege, der Vater in schulischen Angelegenheiten) anfallenden Entscheidungen, die bei der Aufteilung der Sachbereiche weder ihrer Zahl noch ihrem Inhalt nach überblickt werden konnten, selbständig zu regeln.

Die Mutter einigt sich mit dem Vater dahin, daß er allein berechtigt sein soll, das Kind auf einem bestimmten Gebiet oder insgesamt allein zu vertreten. Eine solche Einigung ist nichts anderes als eine Aufgabenteilung für den Bereich der gesetzlichen Vertretung.

Etwas theoretisch, aber durchaus denkbar ist, daß die Eltern darüber übereinkommen, daß der Vater (wie vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 29.7.1959 (BverfG. 10, 59 ff.) gemäß dem bis dahin noch nicht für nichtig erklärten § 1628 Abs. 1) den Stichentscheid in elterlichen Meinungsverschiedenheiten haben soll.

6. Die weitaus meisten und vor allem nahezu alle wichtigen, die elterliche Gewaltausübung betreffenden Entscheidungen werden nicht von einem Elternteil kraft solcher Zuständigkeitsaufteilung allein getroffen, sondern sind Ergebnisse gemeinsamer elterlicher Willensbildung.

Die Konkretisierung der elterlichen Gewalt durch die Eltern vollzieht sich in einer unübersehbaren Vielzahl von Maßnahmen und Entscheidungen. Hier liegt ein weites Feld - der Phantasie keine Grenzen setzender Einzelfälle - elterlicher Einigungen.

Vom ersten Tag des Lebens des Kindes bis zur Vollendung seines 21. Lebensjahres haben die Eltern täglich erzieherische Entscheidungen zu treffen, angefangen bei solchen, die auf das Wohl des Kindes ohne nennenswerten Einfluß sind, bis zu solchen, die wegen ihrer Bedeutsamkeit tief und richtungsweisend in das Leben des Kindes eingreifen. Auch hier mögen einige Beispiele elterlicher Einigungen sowohl über wichtige als auch belanglose Fragen elterlicher Gewaltausübung erwähnt sein. Zunächst seien Beispiele elterlicher Einigungen von spürbarer Bedeutung für das Leben des Kindes genannt, ohne daß die Reihenfolge der Aufzählung ein Gradmesser ihrer Bedeutung ist:

Die Geburt des Kindes fordert von den Eltern die Wahl des Vornamens für das Kind. Zugleich haben die Eltern verschiedenen Bekenntnisses, wenn auch zunächst noch beschränkt auf die Wahl des Bekenntnisses und die wohl überwiegende Kleinkindtaufe, die religiöse Erziehung des Kindes zu bestimmen.[1)]

- - - - - - - - - -

1) Über den Beginn der religiösen Erziehung herrscht Streit; vgl. Engelmann § 1 RKEG. A. II 2 und Staudinger-Donau § 1 RKEG. Rdz. 3

Die Krankheit des Kindes macht die Hinzuziehung eines Arztes erforderlich, über dessen Person sich die Eltern einigen. Die ärztliche Behandlung läßt eine Operation oder Spezialbehandlung des Kindes angezeigt erscheinen, in die die Eltern einwilligen, also sich einigen müssen.

Mit dem Heranwachsen des Kindes kommt auf die Eltern die nicht unbedeutende Entscheidung zu, ob das Kind einen Kindergarten, wenn ja welcher Art und Weltanschauung, sowie eine Vorschule besuchen soll.

Der Schulbesuch verlangt ein Einvernehmen der Eltern darüber, ob das Kind in eine vorhandene Bekenntnis- oder aber in eine Gemeinschaftsschule eingeschult werden soll, später, ob es auf der Volksschule bleiben oder zur Mittel- oder höheren Schule wechseln, in letzterem Fall das Real- oder das humanistische Gymnasium besuchen soll. Sie kommen überein, ihr Kind vom Religionsunterricht abzumelden oder es am täglichen Schulgebet nicht teilnehmen zu lassen.

Sie beschließen den Abgang des Kindes mit dessen "mittlerer Reife" oder den Weiterbesuch des Gymnasiums mit dem Ziel der Reifeprüfung. Sie werden sich schließlich einig über den vom Kind zu erlernenden Beruf oder dessen Studienrichtung.

Die Eltern stellen fest, daß sie den erzieherischen Aufgaben nicht gewachsen sind und entschließen sich deshalb, die Bestellung eines Erziehungsbeistandes oder die Gewährung der Freiwilligen Erziehungshilfe (§§ 56, 63 JWG) zu beantragen oder ihr Kind als Pflegekind außerhalb des Elternhauses in Pflege zu geben.

Der Vater soll das Kind in einer bestimmten Angelegenheit allein vertreten dürfen.

Die minderjährige Tochter erwartet ein Kind; die Eltern kommen überein, zu deren Eheschließung ihre Zustimmung gemäß § 3 Abs. 1 EheG. zu geben (entsprechend der Fall, daß die Eltern beschließen, ihre Einwilligung zur Volljährigkeitserklärung ihres Sohnes, § 4 Abs. 2, zu geben).

Weitere nicht unwesentliche elterliche Entscheidungen seien noch stichwortartig erwähnt: Umgang des Kindes mit Dritten, Eintritt des Kindes in einen Verein, Impfung des Kindes, Strafantrag im Namen des Kindes, Auslandsaufenthalt des Kindes, Häufigkeit seiner Kinobesuche, Umfang der Fernseherlaubnis, Höhe des Taschengeldes, Notwendigkeit eines Nachhilfeunterrichts, Zeitpunkt des Tanzstundenbesuchs.

Schließlich sollen noch einige Beispiele elterlicher Einigungen genannt werden, die das Kindesinteresse nur unwesentlich oder überhaupt nicht berühren und daher oft nicht einer gewissen Banalität entbehren: Der unfolgsame Sohn soll zur Strafe Hausarrest bekommen. Das Kleinkind soll nicht vormittags, sondern nachmittags ausgefahren werden. Das Kind soll nicht Klavier, sondern Geige spielen lernen. Es soll nicht mehr Kakao, sondern Malzkaffee trinken dürfen. Die ganze Familie will am Sonntagnachmittag spazieren gehen. Das Kind soll einen roten statt blauen Pullover bekommen.

7. Eine elterliche Einigung über eine für das Kindesinteresse außerordentlich wichtige Frage ist die Vereinbarung der Eltern über Ausmaß, Art und Weise des Verkehrs des nichtsorgeberechtigten Elternteils mit dem Kind.

   Diese Gruppe elterlicher Einigungen erfährt nicht nur deshalb eigene Erwähnung, weil sie sich in die vorge-

nommene Einteilung elterlicher Einigungen nur schwer einordnen ließe, sondern vor allem deshalb, weil sie nach richtiger Ansicht nicht unter die vom Thema dieser Arbeit erfaßten elterlichen Einigungen fällt.

Die Verkehrsvereinbarung ist zumindest für den nichtsorgeberechtigten Elternteil keine Einigung "in Ausübung der elterlichen Gewalt". Die Rechtsnatur des ihm verbliebenen Verkehrsrechts ist zwar nicht unumstritten, wird aber von der ganz überwiegenden Mehrheit zu Recht nicht als "Ausfluß oder Rest" der Personensorge, also als Bestandteil der elterlichen Gewalt[1], sondern als Ausfluß des natürlichen Verwandtschaftsverhältnisses oder des Elternrechts[2] verstanden. Die Verkehrsvereinbarungen der Eltern stehen aber den sonstigen elterlichen Einigungen bei der Ausübung der elterlichen Gewalt sehr nahe und sollen mit in die Betrachtung einbezogen werden, nicht zuletzt deshalb, weil die Verkehrsvereinbarungen in Rechtsprechung und Lehre häufig Gegenstand der Er-

- - - - - - - - - -

1) RG. 12.7.1906 RGZ. 64, 47; 13.7.1933 RGZ. 141, 319; 14.1.1937 RGZ. 153, 238; KG. 2.4.1937 JFG. 15, 202 ff. (205); 10.9.1937 JFG. 16, 178 ff. (180); 28. 11.1941 JFG. 23, 111 ff. (114); OLG München 19.4.1937 JFG. 19, 307 ff. (309); Junghanns Sächs. Arch. 1912, 485 ff; Enneccerus-Kipp-Wolff § 87 A I 1 b, 371; Achilles-Greiff-Eggel (17. Aufl.) § 82 EheG. 38 A. 1; Erman-Ronke § 1634 A. 1 u. Palandt-Lauterbach § 1634 A. 1, die das Verkehrsrecht als Teil der Personensorge und Bestandteil des natürlichen Elternrechts betrachten; Gernhuber § 53 III 1, 591; Hoffmann-Stephan § 75 EheG. A. 3 A; Riedel Geschiedene Ehen, 87; Soergel-Vogel § 75 EheG. A. 3; BayObLG. 1.10.1956 JR. 1957, 141 (142)

2) KG. 6.10.1911 KGJ. 41, A 11; 31.1.1913 KGJ. 44, A 23; 18.12.1914 OLG. 31, 403; 23.4.1920 RJA. 17, 14; BGH. 21.10.1964 NJW. 1965, 394 ff.; Achilles-Greiff-Beitzke § 1634 A. 1; Beitzke Stb. § 27 VI, 161; v. Godin § 75 EheG. A. 2; Knitschky Eltern-Kinder, 59; Krüger-Breetzke-Nowack Einl. Rdz. 229; Dölle II § 98 I 1, 319; Lizius Diss.,61; Lücken (Diss.), 13 ff.; Soergel-Siebert-Lange § 1634 Rdz. 2; Staudinger-Schwoerer § 1634 Rdz. 2-4; Schnitzerling FamRZ. 1958, 445

örterung waren und aus diesem Grund geeignet sind, auch für die hier interessierenden elterlichen Einigungen wertvolle Hinweise zu geben.

Grenzfälle elterlicher Einigungen, die zwischen Verkehrsvereinbarungen und solchen in Ausübung der elterlichen Gewalt stehen, sind solche, wo dem Elternteil, der den Verkehr begehrt, die Sorge für die Person des Kindes allein oder zusammen mit dem anderen Elternteil zusteht.

Beispiele: Die Eltern leben getrennt, ohne daß eine Sorgerechtsregelung nach § 1672 oder § 627 ZPO. erfolgt ist. Die Ehe ist geschieden, die Regelung der elterlichen Gewalt, insbesondere des Personensorgerechts nach § 1671 aber noch nicht erfolgt. Die elterliche Gewalt ist zwar nach §§ 1671, 1672 einem Elternteil übertragen, das Kind befindet sich aber mit dessen Einverständnis beim anderen Elternteil.

Diese Fälle werden wegen der dem § 1634 sehr verwandten Interessenlage nicht unter dem Gesichtspunkt eines Elternstreits nach § 1627, sondern in entsprechender Anwendung des § 1634 behandelt.[1)]

Ergebnis: Es gibt eine unübersehbare Vielzahl elterlicher Einigungen verschiedensten Umfangs (General-und Spezialeinigungen) und unterschiedlichster Bedeutung für das Wohl des Kindes.

- - - - - - - - - -

1) vgl. dazu Staudinger-Schwoerer § 1634 Rdz. 37 - 42 und die dort zitierte Literatur, insbes. BayObLG 6.9.1963 NJW 1963, 2276. A.A. Gernhuber LB § 53 III 8, 595.

Rechtsnatur der elterlichen Einigung

§ 4

1. Die Frage nach der Rechtsnatur der elterlichen Einigung ist mehr als der bloß formaljuristische Versuch, den elterlichen Konsens mit einem Etikett zu versehen, ohne daß sich daraus für die weitere Untersuchung Folgerungen ableiten ließen.

Ob und in welcher Weise die elterliche Einigung rechtlich beachtlich ist, ob die Eltern an sie gebunden sind und ob und unter welchen Voraussetzungen die Eltern im Falle einer Bindung an eine zustandegekommene Einigung ihrer veränderten Auffassung wieder Geltung verschaffen können, sind Fragen, die zunächst die Klarstellung verlangen, um was es sich bei der elterlichen Einigung rechtlich handelt.

Das Ergebnis der Prüfung, ob eine erzielte Übereinstimmung zweier Personen über eine sie gemeinsam interessierende Angelegenheit Bindungswirkungen hervorruft oder aber für sie unverbindlich ist, hängt davon ab, ob es sich bei diesem Konsens um einen solchen rechtsgeschäftlicher Art mit den sich daraus ergebenden, in der Rechtsordnung näher ausgestalteten Rechtswirkungen oder aber um Erklärungen handelt, die rein dem gesellschaftlichen Leben und damit dem außerrechtlichen Gebiet mit der Folge rechtlicher Irrelevanz angehören.

Nicht angängig ist, die Gegenüberstellung von entweder rechtsgeschäftlichen oder tatsächlichen Erklärungen als "normativistisch" zu bezeichnen und in ihr einen "positivistischen Dualismus" zu sehen, der mit dem wirklichen und lebendigen Inhalt einer

Gesellschaftsordnung unvereinbar sei.[1] Dem richtig verstandenen Begriff des Rechtsgeschäfts, der sich nicht einseitig am schuldrechtlichen Vertrag orientiert, fügen sich alle auch außerschuldrechtlichen, vor allem personenrechtlichen Akte ein.[2] So erübrigt sich das Arbeiten mit undogmatischen, unserer Rechtsordnung fremden Gebilden, d.h. die Erweiterung der allen Lebensverhältnissen gerecht werdenden Alternative "Rechtsgeschäft oder tatsächliches Verhältnis" um eine weitere "aus dem Wesen des zu bewertenden Lebensverhältnisses abzuleitende Möglichkeit".[3] [4]

Das macht deutlich, daß mit der Ermittlung der Rechtsnatur der elterlichen Einigung, d.h. ihres dogmatischen Standorts, der erste und wichtige Schritt zur Beantwortung der Frage getan ist, welche Rechtsfolgen sich für die Eltern aus einer solchen Einigung ergeben.

2. Die Frage nach der Rechtsnatur der elterlichen Einigung hat erst von dem Zeitpunkt an für den gesamten Bereich der elterlichen Gewalt Bedeutung erlangt, seit die elterliche Gewalt die oben im § 3 näher erläuterte, heutige Gestalt erhalten hat. Wie bereits dort betont, war zwar schon vor der Verwirklichung der Gleichberechtigung im Bereich der elterlichen Gewalt im Leben einer wohlgeführten Ehe die elterliche Einigung die Normalform elterlicher Willensbildung. Juristisch bedurfte der Vater jedoch für

- - - - - - - - - -

1) Siebert DRwiss. 1936, 204 ff. (211)

2) Flume AT. § 33 3, 603; Lehmann AT. § 25 II, 144; Staudinger-Coing Vorbem. zu § 145 Rdz. 12, 5

3) So der Versuch von Siebert DRwiss. 1936, 204 ff., (211/212)

4) vgl. aber § 9 dieser Untersuchung, wo diese Alternative um den Begriff der Rechtshandlung erweitert wird, was aber die Richtigkeit der Gegenüberstellung von "Rechtsgeschäft - tatsächliches Verhältnis" an dieser Stelle der Untersuchung nicht in Frage stellt.

Sorgerechtsentscheidungen nicht des Einverständnisses der Mutter, sondern konnte jederzeit eine mit dieser erzielte Einigung durch eine eigene Entscheidung beseitigen und ersetzen.

Nur in zwei Fällen, in denen der Begriff der "elterlichen Einigung" bereits lange vor dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes vom Gesetzgeber eingeführt worden ist, nämlich im § 1 RKEG. sowie § 74 Abs. 1 EheG. 46, wurde auch von Gesetzes wegen die elterliche Einigung als Normalform elterlicher Willensbildung angesehen. Wie noch auszuführen sein wird, entstand um die rechtliche Beachtlichkeit, d.h. um die Rechtsnatur dieser beiden Fälle elterlicher Einigungen, Streit, der bis heute noch nicht beigelegt ist.

Heute, wo die Gleichordnung von Vater und Mutter die Einigung als Mittel der Formierung ihrer gleichstarken Rechte notwendig macht und der elterliche Konsens über die beiden eben erwähnten Fälle hinaus grundsätzliche Normalform elterlicher Willensbildung und Voraussetzung pflichtgemäßen elterlichen Handelns ist, stellt sich die Frage nach der Rechtsnatur der so bedeutsam gewordenen elterlichen Einigung nicht mehr nur auf dem Gebiet der religiösen Kindererziehung und im Fall der Regelung der elterlichen Gewalt anläßlich der Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe der Eltern, sondern im gesamten elterlichen Gewaltbereich.

3. Bevor in die Prüfung eingetreten wird, ob die elterliche Einigung rechtsgeschäftlichen Charakter hat, könnte sie bereits folgende Erwägung überflüssig machen:
Auf dem Gebiet des Familienrechts könnte für den Begriff des Rechtsgeschäfts kein Raum sein. Ohne bereits hier eine Begriffsbestimmung des Rechtsge-

schäfts geben zu müssen, kann gesagt werden, daß es die Hauptform privatautonomer Gestaltung ist [1] und es nur auf die Rechtsgebiete in dem dort eröffneten Umfang Zugang hat, die dem Einzelnen Dispositions- und Gestaltungsfreiheit lassen. [2]

Das Familienrecht enthält in weit höherem Umfang als sonst im Privatrecht zwingendes, d.h. der rechtsgeschäftlichen Gestaltung entzogenes Recht,[3] was sogar dazu führte, daß man das Familienrecht als " nicht typisches Privatrecht "[4] oder " seinem Gehalt nach als Sozialrecht "[5] bezeichnet hat.

Ohne aber diese Versuche der Charakterisierung des Familienrechts weiter verfolgen zu müssen, kann das angeschnittene Problem der Zulässigkeit rechtsgeschäftlicher Betätigung auf dem Gebiet des Familienrechts wie folgt beantwortet werden :

Die Eigenart des Familienrechts als Statusrecht zieht der Möglichkeit rechtsgeschäftlicher Personenstandsbegründung enge Grenzen (Verlöbnis, Ehe, Annahme an Kindes Statt). Die unbedingt erforderliche Ruhe und Übersichtlichkeit der Personenstandsverhältnisse verbieten weitere Rechtsgeschäfte, die in der Lage wären, ohne gesetzliche Normierung neue familienrechtliche Beziehungen zu begründen, und macht daher die rechtsgeschäftliche Dispositionsbefugnis insoweit zur Ausnahme.

Diese Gesichtspunkte, die weitgehend und notwendig zur Beschränkung der Dispositionsbefugnis im Fami-

- - - - - - - - - -

1) Flume AT. § 1, 1 ff.
2) Flume AT. § 1, 14; Dölle I, 7; Gernhuber LB. § 1 III, 5 ff.
3) Dazu insbes. Ehrlich Zwingendes Recht, 177 ff.
4) Eichler DRwiss. 1936, 262 ff. (insbes. 265-275).
5) Lehmann FamR. § 1 II, 2.

lienrecht führen, treffen auf den hier interessierenden Lebenssachverhalt der elterlichen Einigung nicht zu. Die Einigung der Eltern bei der Ausübung ihrer elterlichen Gewalt hat keinen personenstandsbegründenden Inhalt. Sie dient nicht der Begründung neuer familienrechtlicher Beziehungen, sondern der Konkretisierung bereits bestehender.

Die elterliche Gewalt ist den Eltern zu eigener Verantwortung übertragen. Sie haben in weitem Umfang bis an die Grenzen der §§ 1666, 1667 die Freiheit, die Erfüllung ihrer elterlichen Aufgaben zu gestalten.

Die Zuweisung der elterlichen Gewalt gleichberechtigt an Vater und Mutter bedingt das gesetzliche Gebot an die Eltern, im gegenseitigen Einvernehmen zu handeln, ihre Willen aufeinander abzustimmen und sich einig zu werden.

Bei der hier interessierenden elterlichen Personensorge handelt es sich also um einen der Disposition und Gestaltung der Eltern eröffneten familienrechtlichen Bereich. Dieses Recht der Eltern hat der Verfassungsgeber in Art. 6 Abs. 2 GG sogar zum Grundrecht erhoben.

Damit ist der weiteren Untersuchung der Rechtsnatur der elterlichen Einigung, d.h. der Frage, ob der elterliche Konsens etwa und unter welchen Voraussetzungen er rechtsgeschäftlicher Art sein kann, der Weg freigegeben.

4. § 1627 S. 2 legt den Eltern auf, sich zu "einigen". Auch wo der Gesetzgeber spezielle Fälle elterlicher Gewaltausübung normiert hat, hat er den Begriff der "Einigung" verwandt.[1)]

- - - - - - - - - -

1) § 1 RKEG. sowie § 74 EheG. 1946, an dessen Stelle § 1671 getreten ist.

Der Begriff der "Einigung" ist auch sonst der Terminologie des BGB nicht fremd und vor allem im Sachenrecht heimisch.[1] Wenn auch nicht unbestritten, wird die sachenrechtliche Einigung - teils allein, teils in Verbindung mit der Eintragung bzw. Besitzverschaffung - in der neueren Literatur durchweg als Rechtsgeschäft und "dinglicher Vertrag" bezeichnet.[2]

Die Frage nach der Rechtsnatur der elterlichen Einigung wäre schnell beantwortet, könnte aus der Verwendung dieses Begriffes im BGB sowohl im Sachen - wie im Familienrecht auf ein einheitliches Verständnis dieses Begriffs geschlossen werden.

Dies ist aber nicht möglich. Die wiederholte Verwendung eines Begriffs seitens des Gesetzgebers selbst in ein und demselben Gesetz rechtfertigt nicht die unbesehene Gleichsetzung seiner Bedeutung in allen Fällen. Hat der Gesetzgeber nicht selbst die Vergleichbarkeit aller dieser Fälle ausdrücklich im Gesetz oder in dessen Motiven erwähnt, so läßt sich eben nur Vergleichbares miteinander vergleichen. Eine solche ausdrückliche Parallele zwischen der sachenrechtlichen Einigung und der Verwendung dieses Begriffs im Familienrecht hat der Gesetzgeber nicht gezogen. Es fehlt auch an der Vergleichbarkeit beider "Einigungen". Sie haben nur gemein, daß von der Willensübereinstimmung zweier Parteien die Rede sein soll. Ihrem Gegenstand nach bestehen große Unterschiede.

Ist die eine auf die dingliche Rechtsänderung an einem Grundstück oder einer beweglichen Sache ge-

- - - - - - - - - -

1) vgl. §§ 854 Abs. 2, 873, 925, 929

2) Baur SachenR. § 5 II 1, 30; Staudinger-Seufert § 854 Rdz. 12 u. § 873 Rdz. 35; Westermann § 13 III 2, 384; Stöver ArchBürgR. 26, 149 ff.; Enneccerus-Nipperdey § 146 II 2, 617; Wolff-Raiser § 38 II, 117 ff.; Flume AT. § 33, 3, 604

richtet, betrifft also den vermögensrechtlichen Bereich des Güterverkehrs, so bedeutet die andere das Einvernehmen von Eltern über die Gestaltung ihrer Kindererziehung, ist vom vermögensrechtlichen Bereich also weit entfernt. Im Gegensatz zur dinglichen Einigung, deren Charakterisierung als Rechtsgeschäft wegen ihrer vermögensrechtlichen Bedeutung und der in der Regel nur durch Geschäftsinteressen verbundenen Parteien geboten ist, ist die elterliche Einigung im Bereich der Personensorge eine Willensübereinstimmung nichtvermögensrechtlicher Art und zudem zweier in enger Lebensgemeinschaft stehender Parteien. Die Einführung des Begriffs "Rechtsgeschäft" auf dieses Gebiet menschlichen Zusammenwirkens ist daher nicht sehr naheliegend und bedarf einer selbständigen, der spezifischen Eigenart dieses Konsenses gerechtwerdenden Prüfung.

5. Das BGB gibt keine Definition des Rechtsgeschäfts.[1] Da es sich bei der elterlichen Einigung um einen Konsens zweier Personen handelt, könnte die Einigung ein mehrseitiges Rechtsgeschäft sein, das die Willenserklärungen zweier Personen, der Eltern, enthält.

Damit ist der Begriff der Willenserklärung in die weitere Untersuchung eingeführt.[2] An ihm sollen nun die der elterlichen Einigung zugrundeliegenden Erklärungen gemessen werden.

Wie eine gesetzliche Definition des Rechtsgeschäfts fehlt, so enthält das BGB auch keine Begriffsbestimmung der Willenserklärung.

- - - - - - - - - -

1) vgl. dagegen Motive I, 126 (Mugdan I, 421)

2) Zu dem Verhältnis der Begriffe "Rechtsgeschäft - Willenserklärung" vgl. Flume AT. § 2, 3, 25; Staudinger-Coing Einl. vor § 104 Rdz. 8

Nahezu übereinstimmend versteht man unter dem Begriff der Willenserklärung einen "äußeren Tatbestand, der auf die Kundgabe eines Rechtsfolgewillens[1] schließen läßt."[2]

Die Willenserklärung zerfällt schon sprachlich in zwei Teile: Wille und Erklärung. Sie hat also zwei Bestandteile, einen äußeren Tatbestand, eben die Erklärung, und einen inneren, den Willen.

Der rechtliche Anknüpfungspunkt muß der nach außen zur Geltung gebrachte Wille sein. Auszugehen ist daher bei der Wertung eines menschlichen Verhaltens vom äußeren Tatbestand.

Es muß zunächst ein Verhalten vorliegen, das auf die Äußerung eines Willensentschlusses schließen läßt, wobei für den Begriff der Willenserklärung nicht der Schluß auf die Äußerung eines beliebigen Willens genügt, sondern das Verhalten des Erklärenden auf die Kundgabe eines auf die Herbeiführung einer bestimmten Rechtsfolge gerichteten Willens schließen lassen muß. Läßt das beobachtete Verhalten insoweit keinen unzweideutigen Schluß zu, "fehlt es schon an einer Erklärung, auf die Willensfrage ist gar nicht einzugehen."[3]

6. Es ist grundsätzlich gleichgültig, mit welchen Ausdrucksmitteln der Wille geäußert worden ist. Er braucht nicht ausdrücklich kundgetan worden zu sein. Es genügt, wenn auf ihn aus zunächst auf andere Zwecke gerichteten Worten und Handlungen, d.h. aus

---

1) Über den Begriff des Rechtsfolge- oder Geschäftswillens weiter unten auf S. 42ff.

2) Soergel-Siebert-Hefermehl vor § 116 Rdz. 5; in der Sache ebenso Enneccerus-Nipperdey § 137 IV 1, 576; Lehmann AT. § 24 IV 1, 133; Flume AT. § 2, 3, 25; Lange AT. § 36 IV 1, 224

3) Lehmann AT. § 24 IV 1 a, 134

schlüssigem oder konkludentem Verhalten, geschlossen werden kann.[1] Für die rechtliche Behandlung ergeben sich aus der Unterscheidung keine Besonderheiten; sowohl die ausdrückliche als auch die schlüssige Erklärung sind echte Willenserklärungen.

Bei der elterlichen Einigung ist in diesem Zusammenhang zu beachten, daß infolge der engen und intimen Lebensbeziehungen der Eltern die Bedeutung konkludenter Erklärungen von besonderer Wichtigkeit ist. Es ist nicht zu übersehen, daß sich zwischen Ehegatten im Laufe der Zeit ihrer Ehe durchaus Verhaltensweisen entwickeln können, denen jeder von ihnen aus der besonderen Kenntnis des anderen einen bestimmten Erklärungswert beimißt, der einem objektiven Beobachter ohne Kenntnis dieser besonderen "Sprechweise" der Ehegatten entgehen würde. Elterliche Einigungen vollziehen sich oft in "stummem" Einvernehmen der Eheleute. Es ist schwer, für die hier nur kurz angedeutete Besonderheit elterlichen Zusammenwirkens konkrete Beispiele zu geben, jedoch mag der Hinweis genügen, daß die seelische und geistige Angleichung der Eheleute nicht selten so weit gediehen ist, daß in bestimmten Situationen von oft nicht geringer Bedeutung eine kurze Andeutung, eine belanglose Geste oder auch nur der Gesichtsausdruck des einen ausreichen, um dem anderen seine Zustimmung oder Ablehnung zu bekunden.

Die Tatsache also, daß zwischen den Eltern im Laufe ihres Zusammenlebens Ausdrucksmittel üblich geworden sein können, die im sonstigen zwischenmenschlichen Verkehr nicht gebräuchlich sind, hat zur Folge,

- - - - - - - - - -

1) Enneccerus-Nipperdey § 153 II, 643; Soergel-Siebert-Hefermehl vor § 116 Rdz. 7; Erman-Westermann vor § 116 A. 2; Flume AT. § 5, 3, 69; Lehmann AT. § 24 IV 1 a, 134; Lange AT. § 37 III 2, 230; anders dagegen Staudinger-Coing Vorbem. vor § 116 Rdz. 2

daß elterliches Verhalten oft erst aus dem Zusammenhang mit diesen angedeuteten Besonderheiten seine Bedeutung als Erklärung eines inneren Willens gewinnt. "Diese Begleitumstände - gewissermaßen der historische Hintergrund - sind ebenfalls Teil des Erklärungstatbestandes."[1)]
Im Verhältnis der Ehegatten zueinander kann daher auch in dem bloßen Schweigen eine Willensäußerung liegen. Zwar ist richtig, daß bloßes Schweigen im bürgerlichen Recht ohne Hinzutreten besonderer Umstände grundsätzlich überhaupt nicht als Erklärung gilt.[2)] Jedoch bringt es die enge Lebensgemeinschaft der Eltern mit sich, daß Schweigen auf Grund des gegenseitigen Verständnisses und der ehelichen Praxis vereinbartes Erklärungszeichen im Verhältnis der Ehegatten untereinander sein kann. Das ist aber eine jeweils im konkreten Fall zu prüfende Tatfrage und nicht etwa so zu verstehen, als bedeute Schweigen zwischen Ehegatten grundsätzlich Zustimmung. So sollen die vorstehenden Bemerkungen über den möglichen Erklärungswert des Schweigens eines Elternteils nicht verstanden werden. Es soll nur der Lebenserfahrung Rechnung getragen werden, daß bewußtes elterliches Einvernehmen nicht nur in der Form ausdrücklicher Absprache oder zumindest konkludenter Übereinstimmung anzutreffen ist, sondern auch in dem schweigenden Gewährenlassen des einen Elternteils durchaus die Zustimmung des anderen gesehen werden kann.

7. Nach der Darstellung des äußeren Tatbestandes einer Willenserklärung ist nun der für den Begriff der

- - - - - - - - - -

1) Soergel-Siebert-Hefermehl vor § 116 Rdz. 5

2) Flume AT. § 5, 2 b, 64 ff.; Soergel-Siebert-Hefermehl vor § 116 Rdz. 7; Lange AT. § 37 III 5, 232; Enneccerus-Nipperdey § 153 III, 944

Willenserklärung wesentliche innere Tatbestand, der der Willensäußerung zugrundeliegende Wille, zu erörtern.

Hier wird schnell deutlich werden, daß diese Frage für die rechtliche Bewertung einer elterlichen Einigung von ganz entscheidender Bedeutung ist.

Wesentlich ist bereits nach der oben gegebenen Begriffsbestimmung einer Willenserklärung die auf Herbeiführung eines bestimmten Rechtserfolges gerichtete Absicht des Erklärenden, also dessen Rechtsfolge - oder Geschäftswillen.[1] Es gehört also zum Begriff der Willenserklärung eine solche Absicht des Erklärenden. "Die Rechtsfolgeabsicht ist das Kernstück des objektiven Erklärungstatbestandes. Dieser muß deshalb diese Absicht erkennen lassen".[2] Bei der Willenserklärung sind Wille und Erklärung (notwendig) subjektiv verbunden.[3] Fehlt diese Verbindung, so liegt eine Willenserklärung überhaupt nicht vor.[4] Das bedeutet nicht, daß sich der Erklärende im einzelnen klare Vorstellungen über die beabsichtigten Rechtsfolgen machen müsse.[5] Ebenso wie im Strafrecht beim Vorsatz bezüglich normativer Tatumstände nur eine "Parallelwertung in der Laiensphäre des Täters" erforderlich ist,[6] genügt

- - - - - - - - - -

1) vgl. dazu die bereits auf S. 40 in Fußn. 2 zitierte Literatur. Daneben: Erman-Westermann vor § 116 A. 1; Staudinger-Coing Einl. vor § 104 Rdz. 12; ständige Rspr. des RG.: 1.5.1908 RGZ. 68, 322 ff. (324); 22.2.1922 RGZ. 104, 102 ff. (104); 8.7.1929 RGZ. 125, 209 ff. (211)

2) Soergel-Siebert-Hefermehl vor § 116 Rdz. 6

3) Lange AT. § 36 V 2, 226

4) Manigk, Rechtshandlung, 146 nennt diese Finalität der Willenserklärung "wesentliche Minimalvoraussetzung".

5) Erman-Westermann vor § 116 A. 1; Flume AT. § 4, 5, 53; Enneccerus-Nipperdey § 145 Fußn. 4, 605; Lehmann AT. § 24 I, 129

6) Mezger Stb. § 68 I, 171

es, wenn der Erklärende davon ausgeht, der erstrebte Erfolg solle von Rechts wegen gelten.[1] Ita ius esto !

Übertragen auf die einer elterlichen Einigung zugrundeliegenden elterlichen Willensäußerungen bedeutet dies: Bei den "Willenserklärungen" der Eltern handelt es sich nur dann um solche im Rechtssinn und daher bei der Einigung um ein Rechtsgeschäft, wenn beide Elternteile gewollt haben, sich nicht nur unverbindlich zu einigen, sondern verbindliche Erklärungen abzugeben und sich dem anderen gegenüber rechtlich zu verpflichten und zu binden. Es genügt nicht, wenn die Eltern nur eine Verbindlichkeit ihrer Einigung im moralisch-sittlichen Sinn gewollt haben, und war sie noch so ernst gemeint. Es muß in diesem Zusammenhang klar gesagt werden, daß nicht der Grad der Ernsthaftigkeit einer elterlichen Absprache für ihre Rechtsgeschäftlichkeit, sondern ihre Vorstellung entscheidend ist, die ihrer Einigung zugrundeliegende Angelegenheit damit zum Gegenstand einer rechtlichen Regelung gemacht zu haben.

Von einer elterlichen Einigung als Rechtsgeschäft kann man also nur dann sprechen, wenn sie dem Willen der Eltern entsprechend ihnen nicht nur "ein durch die Sitte gewährleistetes Sollen, sondern ein rechtliches, durch die Rechtsordnung sanktioniertes Sollen auferlegt."[2]

Dabei genügt aber, wenn die Eltern "in der Parallelwertung ihrer Sphäre" die Vorstellung hatten, es sei keinem von ihnen rechtlich erlaubt, ohne Einver-

- - - - - - - - - -

1) Manigk, Rechtshandlung, 147; Enneccerus-Nipperdey § 145 Fußn. 4, 605; Flume AT. § 4, 5, 54

2) Flume AT. § 4, 5, 52

ständnis des anderen der getroffenen Einigung zuwider-zu-handeln, wenn also der in ihrer Einigung "erstrebte sachliche Erfolg nach ihrem Willen von Rechts wegen gelten soll."[1)]

Jede elterliche Einigung ist daher insbesondere daraufhin zu prüfen, ob die Eltern in dem erläuterten Sinn final gehandelt haben. Diese Entscheidung ist im Einzelfall nicht leicht und Sache tatrichterlicher Würdigung.

Im Bereich der menschlichen Beziehungen in der Familie, aber auch sonst der menschlichen Beziehungen der Liebe, Freundschaft und des gesellschaftlichen Verkehrs, ist man zu Recht geneigt, besonders sorgfältig diese subjektiven Voraussetzungen für die Rechtsgeschäftlichkeit einer Vereinbarung zu prüfen, um zu verhindern, daß solche Übereinkünfte, "die ihrem Inhalt nach dem rechtlichen Gebiet fernliegen, durch den Exekutor erzwungen werden sollen."[2)] Gerade in diesem zwischenmenschlichen Bereich kommen Erklärungen ohne jeden rechtsgeschäftlichen Charakter vor. Mehr noch als in sonstigen Personengemeinschaften vollzieht sich das Zusammenwirken der Ehegatten im täglichen Leben in der Überzeugung, daß Vertrauen und Verbundenheit und nicht rechtlich verpflichtende Momente Maßstäbe ihres Handelns sind. So wird die überwältigende Fülle elterlicher Einigungen von den Eltern nicht in rechtsverbindlicher Weise gemeint sein.

Falsch wäre es aber, in diesem Bereich zwischenmenschlicher Beziehungen ernstgemeinte, rechtlich

- - - - - - - - - -

1) Flume At. § 4, 5, 54

2) Hellwig AcP. 86, 225 ff. (248).

bindende und als verpflichtend gewollte Vereinbarungen schlechthin leugnen zu wollen. Es liegt in der Macht der Eltern, durch einen entsprechend darauf gerichteten Willen ihrer Einigung diesen Charakter zu geben. Nur muß man sich hüten, "einen Verpflichtungswillen hineinzuinterpretieren",[1] der bei den Eltern nicht vorhanden ist.

Auch im Bereich der elterlichen Gewaltausübung, wo es nicht nur um Eigeninteressen der Eltern, sondern auch um Belange des Kindes geht, ist es denkbar und auch anzutreffen, daß es in der Absicht der Eltern liegt, eine Angelegenheit in juristisch bindender Weise zu regeln. Es kann auch ein schutzwürdiges Interesse für die rechtliche Sanktionierung elterlicher Absprachen sprechen. Die gleichstarken Elternrechte von Vater und Mutter können es durchaus notwendig erscheinen lassen, sie im Interesse des Kindes und zur Sicherung der kindlichen Belange gegen grundlose Neuerungs- und Änderungswünsche eines Elternteils mit Hilfe einer rechtsgeschäftlichen Einigung der Eltern bindend zu formieren. In einem solchen Fall wollen sich die Eltern nicht nur etwas "aus Liebe versprechen",[2] sich nicht nur ein bloß moralisch ernst gemeintes Versprechen geben, sondern in einer Frage elterlicher Gewaltausübung für das Kind eine nützliche und beständige Entscheidung fällen.

Ergebnis: Elterliche Einigungen bei der Ausübung der elterlichen Gewalt sind in der Regel nicht rechtsgeschäftlicher Art, können es aber im Einzelfall sein. Dies ist der Fall, wenn die beiden die Einigung bildenden elterlichen Willensäußerungen alle Voraussetzungen einer Willenserklärung, insbesondere den dafür erforderlichen Rechtsfolgewillen, haben.

- - - - - - - - - -

1) Roch, Verträge über Ehescheidungsfolgen, S. 64

2) André, Erziehungsverträge, 25

Kriterien für die Rechtsgeschäftlichkeit einer elterlichen Einigung.

§ 5

1. Die eben getroffene Feststellung, daß für die Rechtsgeschäftlichkeit elterlicher Einigungen das Vorhandensein des rechtlichen Bindungswillens der Eltern entscheidend ist, d.h. ihr Bewußtsein, sich mit ihren Erklärungen nicht nur moralisch-sittlichen, wenn auch ernst gemeinten, sondern rechtlich verbindlichen Forderungen zu unterstellen, wirft die Frage auf, ob es geeignete objektive Kriterien gibt, elterliche Einigungen als rechtsgeschäftliche oder nicht rechtsgeschäftliche zu qualifizieren.

2. Will man in der einschlägigen Literatur eine Antwort darauf finden, muß man feststellen, daß mit Ausnahme der Fälle elterlicher Einigungen im Rahmen der §§ 1671 Abs. 2, 1634; 1 RKEG. kaum nach der Rechtsnatur der elterlichen Einigung gefragt wird. Selbst aber dort, wo man Andeutungen dieses Problems findet, bleiben diese unbefriedigend und unklar.

Im Zusammenhang mit der elterlichen "Aufgabenteilung" wird nur von der Wirkung einer solchen elterlichen Einigung gesprochen. Sie sei "jederzeit frei"[1] oder aber nur "aus begründetem Anlaß"[2] widerruflich. Was die jederzeit oder nur mit Begründung widerrufliche Aufgabenteilung der Eltern ihrer Rechtsnatur nach ist, und ob die mangelnde oder beschränkte Bindungswirkung auf mangelnder Rechtsgeschäftlichkeit oder der Beson-

- - - - - - - - - -

1) Insbes. RGRK (Scheffler) § 1627 A. 13; Lange NJW 1961, 1890; Soergel-Siebert-Lange § 1627 Rdz. 4; Siebert NJW 1955, 2; Boehmer, Einführung, 151

2) Erman-Ronke § 1627 A. 1 e; Palandt-Lauterbach § 1627 A. 1; Paulick FamRZ. 1958, 1 ff. (3)

derheit der elterlichen Gewalt beruht, wird nicht gefragt. Die Fälle "vereinbarter Aufgabenteilung"[1] scheinen von diesen Autoren wegen der ihnen beigelegten relativen Bindungswirkung durchweg als rechtsgeschäftliche Gestaltung elterlicher Gewaltausübung angesehen zu werden.

Auch bei Gernhuber in seiner Anmerkung zu einem Urteil des OLG Schleswig[2] findet man eine solche pauschale Qualifizierung elterlicher Einigungen als Rechtsgeschäfte. Er hält Eltern an ihre Einigungen für gebunden, da dies aus dem "unser gesamtes Privatrecht beherrschenden Grundsatz der Bindung an das einmal Erklärte", (sprich: pacta sunt servanda) folge. Auch er sieht also in der elterlichen Einigung schlechthin nach den Grundsätzen unseres Privatrechts Bindung erzeugende Erklärungen, also Willenserklärungen, in der Einigung also ein Rechtsgeschäft. Ebenso scheint er auch die in diesem Zusammenhang von ihm zitierten Einigungen unter Ehegatten im Rahmen ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft schlechthin im gleichen Sinne, also als Rechtsgeschäfte, aufzufassen.[3]

Dölle stellt zwar nicht bezüglich der elterlichen Einigungen, aber der diesen vergleichbaren Einigungen der Ehegatten über Angelegenheiten ihres gemeinschaftlichen ehelichen Lebens die Frage nach der "Rechtsnatur dieses Einverständnisses".[4] Seine Antwort lautet: "Das Einverständnis der Eheleute ist nicht ein gegenseitig bindender Vertrag, sondern eine durch parallele Willenserklärung zu treffende gemeinschaftliche Entscheidung." Danach ist auch nach ihm "das Einverständnis der Eheleute", also ihre Einigung,

- - - - - - - - - -

1) Im Gegensatz dazu die "natürliche" Aufgabenteilung. Vgl. dazu § 2, 19 ff., wo die natürliche Ordnung der Familie als Rechtsquelle elterlicher Aufgabenteilung abgelehnt worden ist.

2) FamRZ. 1965, 227 ff.

3) vgl. dazu auch sein LB. § 18 IV 3-5, 157

4) I § 34 II, 404

schlechthin zwar nicht ein gegenseitiger Vertrag, aber eine aus "parallelen Willenserklärungen" bestehende Entscheidung, also ein Rechtsgeschäft. Dazu stehen jedoch seine - ebenso wieder pauschalen - Auffassungen über die Rechtsnatur der elterlichen Einigung im Rahmen des § 1671 Abs. 2 ("nicht eigentlich Rechtsgeschäft"[1]) und der Einigung nach § 1 RKEG. ("Rechtshandlung")[2]) in einem gewissen Widerspruch.

Auch Staudinger-Donau[3] gibt auf die Frage nach der Rechtsnatur der elterlichen Einigung eine pauschale Antwort. Im Gegensatz zu den bisher genannten Autoren spricht er der elterlichen Einigung schlechthin bindende Rechtswirkungen ab und bezeichnet sie als nicht rechtsgeschäftlicher, sondern faktischer Natur.

3. Dazu ist zu sagen, daß eine pauschale Beurteilung menschlicher Willensäußerungen als rechtsgeschäftlich oder nicht rechtsgeschäftlich nicht möglich ist. Das ergibt sich bereits aus dem auf S.45 Gesagten, wo deutlich gemacht wurde, daß die rechtliche Qualifizierung elterlicher Einigungen nur von Fall zu Fall möglich und daher Sache tatrichterlicher Würdigung ist.

Das für den Begriff der (rechtsgeschäftlichen) Willenserklärung unabdingbar erforderliche Willenselement, der sog. Rechtsfolge-, Geschäfts- oder auch rechtliche Bindungs- oder Verpflichtungswille, kann nicht für eine ganze Gattung elterlicher Einigungen

- - - - - - - - - -

1) II § 97 III 2, 287
2) II § 93 II 5, 179
3) § 1627 Rdz. 18, 19

angenommen und damit unterstellt werden.[1] Dies aber wird von allen oben genannten Autoren getan, wenn sie "die elterliche Aufgabenteilung", "das elterliche Einverständnis" oder "die elterliche Einigung" als rechtsgeschäftliche oder faktische Willensübereinstimmung werten. Es wird durchweg übersehen, daß Ausgangspunkt eines jeglichen Urteils über die Rechtsnatur der elterlichen Einigung die Prüfung der elterlichen Erklärungen unter dem Aspekt der Willenserklärung sein muß und daß eine solche eben nur dann anzunehmen ist, wenn nicht nur bezüglich des äußeren Erklärungstatbestandes keine Zweifel bestehen, sondern auch feststeht, daß der "innere Erklärungstatbestand", der entsprechende rechtliche Verpflichtungswille, gegeben ist.

So können also elterliche Absprachen über ein und denselben Gegenstand sowohl rechtsgeschäftlicher als auch nicht rechtsgeschäftlicher Art sein, je nachdem, in welchem Sinn final (rechtlich oder bloß moralisch) die elterlichen Erklärungen sind.

- - - - - - - - - -

1) Dies gilt auch für die elterlichen Einigungen, in denen die grundsätzlich gesamtvertretungsberechtigten Eltern sich darüber einig werden, daß ein Elternteil das Kind generell auf einem Teilgebiet der elterlichen Gewalt oder in einem konkreten Einzelfall allein vertreten dürfen solle. Zwar ist die darin liegende Bevollmächtigung seitens des einen Elternteils stets als eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung Rechtsgeschäft. Die der Vollmacht jedoch zugrundeliegende elterliche Einigung, das der Vollmacht zugrundeliegende "Grundgeschäft", ist damit nicht notwendigerweise und in der Regel auch nicht seinerseits rechtsgeschäftlicher Natur. Die Abstraktheit der Vollmacht bedeutet also auch insoweit, daß das "Grundgeschäft" nicht ein "Geschäft" im Rechtssinn zu sein braucht und nicht selten daher einer Bevollmächtigung ein Gefälligkeitsverhältnis zugrundeliegt.
Zum Grundsatz der Gesamtvertretung der Eltern und der Zulässigkeit der gegenseitigen Bevollmächtigung insb. Staudinger-Donau § 1629 Rdz. 8 u. 9

Dies wird von Bänninger (Verträge zwischen Ehegatten, 163)[1] und Danziger (Diss., 13) richtig gesehen. Beide kommen dort zum Ergebnis, daß elterliche Vereinbarungen " nicht in jedem Fall bloße moralische Versprechen " (Bänninger) sind, vielmehr "wohl ernstgemeinte vertragliche Bindungen der Ehegatten hinsichtlich der Erziehung denkbar sind " (Danziger).

4. Läßt sich auch der rechtsgeschäftliche Bindungswille der Eltern wie jedes subjektive Tatbestandsmerkmal nur schwer aus dem äußeren Erscheinungsbild der Erklärungen ablesen oder dem der Einigung zugrundeliegenden Gegenstand entnehmen, so soll doch versucht werden, aus der psychologischen Situation der Eltern im konkreten Fall elterlichen Einvernehmens wenigstens Anhaltspunkte für einen ernsthaften rechtlichen Bindungswillen der Eltern zu ermitteln.

Ein Anhaltspunkt hierfür könnte zunächst das Objekt der elterlichen Einigung sein. Wegen der Bedeutsamkeit ihrer Absprache für das künftige Leben des Kindes könnten die Eltern ihren Konsens nicht als bloße faktische, bindungslose Willensübereinstimmung, sondern als eine Rechte und Pflichten begründende Vereinbarung gewertet wissen wollen.

Unter diesem Gesichtspunkt seien einige der in § 3 wiedergegebenen Beispiele elterlicher Einigungen betrachtet.

5. Die Einigung der Eltern im Rahmen der §§ 1671 Abs. 2, 1672 ist wegen der sie bedingenden Ausnahmesituationen

- - - - - - - - - -

1) Sie wendet sich dort in der Fußn. 4 gegen die Auffassung André's (Erziehungsverträge, 25), als seien Versprechen des Mannes gegenüber der Frau, daß der Sohn Geistlicher werden solle, lediglich moralische Verpflichtungen.

(Scheidung, nicht nur vorübergehende Trennung) in den Augen der Eltern sicherlich für das gesamte künftige eigene Leben wie auch für das des Kindes von großer Bedeutung. Sie steht oft erst am Ende zäher und hartnäckiger Kämpfe um das Kind, die nicht selten mit größerer Heftigkeit geführt werden als der Scheidungsstreit selbst.

Da die zerbrochene Ehe eine gemeinsame Ausübung der elterlichen Gewalt für die Zukunft unmöglich macht, sind sich die Eltern bewußt, daß ihre gestörte elterliche Gemeinschaft der "Liquidation" bedarf. Die Eltern wissen auch in der Regel, daß der Gesetzgeber ihrer Einigung ein besonderes Gewicht beigelegt und sie zu einer wesentlichen Entscheidungsgrundlage der vormundschaftsgerichtlichen Regelung der elterlichen Gewalt gemacht hat. Daß die Eltern eine solche Einigung daher in der Regel im Bewußtsein und in der Absicht rechtsgeschäftlicher Bindung eingehen, liegt nahe. Dies wird auch nach außen darin deutlich, daß solche Vereinbarungen nicht selten dem Scheidungsprozeß vorausgehen, um die Scheidung zu erleichtern oder sogar erst möglich zu machen,[1] sowie in Vergleichen vor Gericht enthalten sind, in denen gleichzeitig über den Unterhalt der Frau und der Kinder Abmachungen getroffen werden. So ist nicht verwunderlich, wenn die ganz überwiegende Mehrheit in Lehre und Rechtsprechung dieser Einigung, wenn auch durchweg ohne Begründung, ausnahmslos rechtsgeschäft-

- - - - - - - - - -

1) Der sich aus § 72 S.2 EheG ergebende Gedanke ist Ausdruck eines allgemeinen das Eherecht beherrschenden Grundsatzes, der ohne Bedenken auch auf sonstige Vereinbarungen der Ehegatten im Hinblick auf eine bevorstehende Scheidung Anwendung findet; so übereinstimmend die Kommentare zu § 72 EheG. Vgl. insbes. RG. 23.1.1939 RGZ. 159, 157 ff. (165)

lichen Charakter zuspricht.[1)]

Doch kann diese für den Regelfall zwar zutreffende Auffassung nicht ohne einschränkende und klarstellende Anmerkung bleiben. Auch hier muß beachtet werden, daß für die rechtsgeschäftliche Natur einer Willenserklärung der rechtliche Bindungswille der Beteiligten von ausschlaggebender Bedeutung ist. Diese Abhängigkeit von dem Willen der Eltern hindert auch im Falle des § 1671 Abs. 2 die unbesehene, pauschale Subsumtion solcher elterlicher Einigungen unter den Begriff des Rechtsgeschäfts. Man stelle sich nur vor, daß sich die in Scheidung lebenden Eltern, was allgemein anerkannt ist, nicht im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs oder im Zusammenhang von Unterhaltsabmachungen oder sonstigen rechtlich erheblichen Vereinbarungen (etwa darüber, wer von ihnen die eheliche Wohnung künftig bewohnen oder wer die Wohnungseinrichtung und den sonstigen Hausrat erhalten soll, § 1 Hausrats VO), sondern etwa in folgender Weise geeinigt haben, wem das Kind zufallen soll:
Die in Scheidung lebenden Ehegatten beweisen noch so viel Einmütigkeit und Einsicht, daß sie sich eines Abends anläßlich einer allgemeinen Aussprache unter

- - - - - - - - - - -

1) Achilles-Greiff-Beitzke § 1671 A. 6 u. § 74 A.3; Erman-Ronke § 1671 A. 7; Bosch SJZ. 1950, 626 ff. (630); Gernhuber LB. § 56 III 1, Fußn. 2, 612; Gerold § 74 EheG. A. 14; v. Godin § 74 EheG. A. 5; Hoffmann-Stephan § 74 EheG. A. 5; Palandt-Lauterbach § 1671 A. 2; RGRK. (Scheffler) § 1671 A. 54; Riedel, Geschiedene Ehe, 23; Schwoerer EJF. A. I f 20; Soergel (8. Aufl.) § 74 A. 5; Soergel-Siebert-Lange § 1671 A. 17; BGH 29.6.1960 FamRZ. 1960, 397; BayObLG. 4.12.1962 FamRZ. 1963, 141 ff. (142); KG 1.3.1965 FamRZ. 1966, 153; OLG Karlsruhe 4.8. 1965 FamRZ. 1965, 575; OLG. Köln 10.4.1964 FamRZ. 1964, 524. A.A. Dölle II § 97 III 2, 287, nach dem diese Einigungen "nicht eigentlich Rechtsgeschäfte", diesen aber "in Voraussetzungen und Wirkungen äußerst ähnlich" sind; Krüger-Breetzke-Nowack § 1671 Rdz. 4 ("nur verfahrensrechtliche Bedeutung") Munzinger SJZ. 1949, 98 ff. (99).

anderem darüber einig werden, daß die Kinder bei der Ehefrau am besten aufgehoben seien und die Kinder deshalb auch nach der Scheidung bei ihr bleiben sollen. In solchen oder in ähnlichen Fällen, wo sich die Eltern in einer derartigen form- und zwanglosen Weise über den Verbleib ihrer Kinder einig werden, schlechthin einen bei den Eltern vorhandenen rechtsgeschäftlichen Willen anzunehmen, bedeutete, einen Willen der Beteiligten hineinzuinterpretieren, der oft nicht vorhanden ist.[1)]

6. Ganz entsprechend ist die Frage nach der Rechtsnatur der Verkehrsvereinbarung des sorgeberechtigten mit dem nichtsorgeberechtigten Elternteil zu beantworten.

Auch hierbei werden die Eltern in den meisten Fällen wohl davon ausgehen, daß ihre Vereinbarung über Ausmaß, Art und Weise des Verkehrs für sie bindend und daher ein Rechtsgeschäft ist. Aber auch hier verbietet die für die Rechtsgeschäftlichkeit bedeutsame, subjektive Seite der Willenserklärung die durchweg vertretene pauschale Bezeichnung der Verkehrsvereinbarung als Rechtsgeschäft.[2)] Daß eine solche Ver-

- - - - - - - - - - -

1) Dazu, daß die nichtrechtsgeschäftlichen elterlichen Einigungen rechtlich nicht unerheblich, sondern dennoch von bindender Wirkung sein können, wird bereits hier auf S. 146 ff., insbesondere auf S. 147-49, verwiesen.

2) Endemann in Anm. zu RG. 25.5.1925 JW 1925, 2115; Erman-Ronke § 1634 A 2 a; Gernhuber LB. § 53 III 5, 593; v. Godin § 75 EheG. A. 8; Hoffmann-Stephan § 75 EheG. A. 4 A; Lohmann Gruch. 61, 22 ff. (38); Lücken (Diss.), 45; Palandt-Lauterbach § 1634 A. 3; RGRK (Scheffler) § 1634 A. 6; Riedel, Geschiedene Ehen, 90; Roch, Verträge über Ehescheidungsfolgen, 75 ff.; Schnitzerling RdJ. 1961, 61; Soergel-Siebert-Lange § 1634 Rdz. 14; Staudinger-Schwoerer § 1634 Rdz. 44; OLG. Celle 28.6.1917 LpZ. 1918, 336; OLG. Karlsruhe 11.4.1957 ZBlJugR. 1957, 247. A.A. Landsberg DRiZ. 1915, 406, der zwar von absoluter Nichtigkeit einer Verkehrsvereinbarung spricht, den Grund aber in Wirklichkeit in mangelnder Rechtsgeschäftlichkeit zu sehen scheint.

einbarung nicht nur Sitte, sondern auch der Vernunft entspricht, hat zu Unrecht dazu geführt, diese pauschal als Rechtsgeschäfte zu bezeichnen, ohne auf die allgemeinrechtlichen Voraussetzungen rechtsgeschäftlicher Erklärungen zu achten. Auch hier wird die durchweg behauptete Rechtsgeschäftlichkeit einer Verkehrsvereinbarung besonders in den Fällen zweifelhaft, wo diese nicht schon deshalb rein äußerlich rechtsgeschäftlichen Charakter hat, weil sie zusammen mit Sorgerechts- und Unterhaltsabreden in einem gerichtlichen Vergleich enthalten ist, sondern formlos etwa in der Weise zustandekommt, daß sich der verkehrsberechtigte Elternteil der "Bestimmung" des sorgeberechtigten Elternteils fügt und damit den Antrag des sorgeberechtigten Elternteils stillschweigend annimmt.[1)]

7. In den beiden eben erörterten Fällen elterlicher Einigungen ist es zumindest dann, wenn diese elterlichen Vereinbarungen schon ihrer äußeren Form nach Rechtsgeschäfte, etwa Gegenstand eines gerichtlichen Vergleichs sind, nicht allzu schwer, von einem in der Regel vorhandenden rechtlichen Bindungswillen zu sprechen.

Ungleich schwerer wird es dagegen in den vielen denkbaren Fällen elterlicher Einigungen im Rahmen und Alltag einer intakten Familie. Hier, wo - im Gegensatz zu den beiden bereits erörterten Fällen elterlicher Einigungen nach § 1671 Abs. 2 und § 1634 - das Vertrauensverhältnis zwischen den Eltern noch besteht, bedarf die Annahme eines rechtlichen elterlichen Bindungswillens besonders sorgfältiger Feststellung. War bei den Einigungen der Eltern im Rahmen der §§ 1671 Abs. 2, 1634 ein rechtsgeschäftlicher Bindungs-

- - - - - - - - - -

1) Staudinger-Schwoerer § 1634 Rdz. 43

wille als in der Regel vorhanden angenommen worden, so haben rechtsgeschäftliche elterliche Einigungen in einer intakten Ehe Ausnahmecharakter.[1)]

8. Ein mögliches Indiz für die Rechtsgeschäftlichkeit einer elterlichen Einigung könnte die Bedeutsamkeit der der Einigung zugrundeliegenden Angelegenheit sein. Man kann davon ausgehen, daß, wenn überhaupt, die Eltern bei ihrer gemeinsamen Willensbildung in wichtigen Fragen elterlicher Gewaltausübung der Überzeugung sein können, hier eine für das Kind bedeutende Entscheidung getroffen zu haben, die man nicht ohne weiteres einseitig wieder umstoßen kann.

Zu denken ist dabei an die elterlichen Einigungen über die religiöse Kindererziehung, die nicht selten erst nach schweren Gewissensnöten erzielt werden, an elterliche Einigungen bezüglich einer notwendig werdenden Operation oder Impfung des Kindes, der Wahl des behandelnden Arztes, des Schulbesuchs, vor allem der Schulart, des künftigen Berufs des Kindes, der Notwendigkeit der Beantragung eines Erziehungsbeistandes oder der Freiwilligen Erziehungshilfe, eines gemeinsam zu stellenden Strafantrags im Namen des Kindes oder etwa des Umgangs des Kindes mit Dritten.

Wichtige elterliche Einigungen sind auch die zwischen den Eltern stillschweigend oder ausdrücklich vereinbarten Aufgabenteilungen. Jeder Elternteil hat ein Interesse daran, daß er in dem von ihm "verwalteten" Sachbereich in dem vereinbarten Umfang selbständig entscheidungsbefugt ist und der andere Teil nicht nach jeder getroffenen Maßnahme seine mangelnde Mitwirkung hierbei geltend machen kann.

- - - - - - - - - -

1) vgl. dazu bereits § 4 S.45

Die Aufzählung dieser Beispiele - dies sei nochmals betont - dürfen nicht in dem Sinn mißverstanden werden, als handele es sich in all diesen Fällen um Einigungen rechtsgeschäftlicher Art. Die Wichtigkeit der ihnen zugrundeliegenden Sachverhalte ist nicht mehr als ein Anhaltspunkt für einen rechtsgeschäftlich gewollten Konsens der Eltern.

Wie bereits im Zusammenhang mit den elterlichen Einigungen über die Regelung der elterlichen Gewalt (§ 1671 Abs. 2) und den Verkehr mit dem Kind (§ 1634) eine pauschale, nur nach dem Gegenstand der Einigung sich orientierende und die subjektiven Voraussetzungen einer rechtsgeschäftlichen Willensäußerung außer Betracht lassende Qualifizierung des elterlichen Konsenses als Rechtsgeschäft abgelehnt worden ist, so wäre ein solches Verfahren in den eben aufgezählten Beispielen ebenso falsch.

Bei der Frage, ob ein elterlicher Konsens rechtsgeschäftlicher Natur ist, kommt man nicht umhin, im konkreten Fall zu prüfen, ob die Eltern ihr Übereinkommen als bloßes moralisch oder aber rechtlich verpflichtendes empfunden haben.

Aus diesem Grund ist auch der heute wohl herrschenden Meinung, elterliche Einigungen über die religiöse Kindererziehung seien grundsätzlich Rechtsgeschäfte,[1] in dieser vorbehaltlosen, uneingeschränkten Form ebenso wie in den Fällen der §§ 1671 Abs. 2, 1634 entgegenzutreten.

- - - - - - - - - - -

1) Beitzke Stb. § 27 II 3a, 159; Achilles-Greiff-Beitzke § 1 RKEG. A. 1; Enneccerus-Kipp-Wolff § 132 I, 585; Kipp in Festgabe für Kahl, 7; Gernhuber LB. § 53 I 4, Fußn. 1, 586; Palandt-Lauterbach § 1 RKEG. A. 1; Staudinger-Donau § 1 RKEG. Rdz. 8; Staudinger-Coing Einl. vor § 104 Rdz. 21. A.A. Engelmann § 1 RKEG. A. III; Boschan Recht 1922, Sp. 49 ff. In der Mitte beider Auffassungen Dölle II § 93 II 5, 179, der die Einigung nicht als Rechtsgeschäft, aber als "echte Rechtshandlung" bezeichnet. Ähnlich Klein LZ. 1923, 217

Wie jede andere elterliche Einigung muß auch dieser elterliche Konsens auf diesem besonderen Gebiet der Personensorge in jedem Einzelfall geprüft werden, ob ihm rechtsgeschäftlicher Charakter zukommt. Es ist nicht einzusehen, warum die Eltern sich bei der Regelung dieser zwar außerordentlich bedeutsamen Frage stets mit dem für die Annahme eines Rechtsgeschäfts erforderlichen Rechtsfolgewillen einigen sollen. Diese Feststellung bedeutet keineswegs die Verkennung des ernsthaften Willens der Eltern, die religiöse Erziehung des Kindes zu regeln. Nur geht es nicht an, diesen Willen ohne weiteres stets als Bindungswillen im rechtlichen Sinn zu verstehen. Wäre die von der herrschenden Meinung vertretene pauschale, ausnahmslose Qualifizierung elterlicher Einigungen auf dem Gebiet der religiösen Kindererziehung richtig, so müßte man diese Folgerung auch für alle übrigen elterlichen Einigungen in Ausübung der elterlichen Gewalt ziehen; denn die Charakterisierung einer Einigung als Rechtsgeschäft kann nicht davon abhängen, ob die der Einigung zugrundeliegende Angelegenheit die religiöse oder sonstige Erziehung des Kindes betrifft.[1)]

9. Bei unwichtigen, das Kindeswohl kaum oder nicht berührenden Angelegenheiten liegt es weniger nahe, ein so weitgehendes willensmäßiges Engagement beider Elternteile anzunehmen, wie für die Rechtsgeschäftlichkeit ihres Konsenses erforderlich wäre.

Zwar werden auch solche Fragen auf dem Wege elterlicher Einigungen entschieden. Es fehlt aber den El-

- - - - - - - - - -

1) Es scheint, als habe die Tatsache, daß die elterliche Einigung über die religiöse Kindererziehung in § 1 RKEG. besondere gesetzliche Erwähnung gefunden hat, die h.M. zu diesem pauschalen Urteil veranlaßt.

tern wohl in der Regel das Bewußtsein, hier mit Bindungswillen im Rechtssinn zu handeln.

Elterliche Einigungen in Fragen etwa, wie Farbe eines Kleidungsstücks des Kindes, dessen Morgengetränk, Spaziergang oder Sportplatzbesuch, Art der Bestrafung des Kindes im konkreten Fall, Umfang der Fernseherlaubnis für die Kinder vollziehen sich so sehr auf der Ebene zwischenelterlicher, der engen Verbundenheit von Vater und Mutter entspringender Beziehungen, daß von einer Rechtsgeschäftlichkeit dieser elterlichen Einigungen in der Regel nicht gesprochen werden kann. Wollte man in solchen elterlichen Einigungen dennoch grundsätzlich Rechtsgeschäfte sehen, so wäre der Vorwurf nur allzu gerechtfertigt, man interpretiere in solche innerfamiliäre Absprachen einen nicht gewollten, der Lebenswirklichkeit widersprechenden Vertragswillen hinein.

10. Ebensowenig aber, wie der Grundsatz aufgestellt werden konnte, alle elterlichen Einigungen über wichtige Fragen elterlicher Gewaltausübung seien Rechtsgeschäfte, kann aus der Belanglosigkeit des einer elterlichen Einigung zugrundeliegenden Sachverhalts durchweg auf mangelnden Bindungswillen und daher fehlende Rechtsgeschäftlichkeit geschlossen werden.

Es wäre lebensfremd, wollte man übersehen, daß auch belanglose, objektiv unwichtige Angelegenheiten zwischen den Eltern heiß umstritten, nicht selten zu Prestigefragen werden und daher eine schließlich doch erzielte Einigung in einem solchen Fall durchaus im rechtlichen Sinn ernst gemeint sein kann.

Ergebnis: Wichtigkeit und Bedeutung des der elterlichen Einigung zugrundeliegenden Sachverhalts sind nur mögliche Indizien für die Rechtsgeschäftlichkeit des elterlichen Konsenses. Eine dahingehende pauschale Beurteilung elterlicher Einigungen ist nicht möglich. Es ist in jedem Einzelfall zu prüfen,

ob die Eltern eine im Rechtssinne bindende Regelung treffen wollten.

Besonderheiten der rechtsgeschäftlichen elterlichen Einigung.

§ 6

1. Die rechtsgeschäftliche elterliche Einigung wird wegen ihres personenrechtlichen Inhalts und der durch ihre familienrechtliche Natur gebotenen Eigenheiten nicht gänzlich einem schuldrechtlichen Rechtsgeschäft gleichzusetzen sein. Zwar finden im Grundsatz die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des BGB auch im Familienrecht Anwendung. Aber dieser Grundsatz mußte vielfach durchbrochen werden. Auch dort, wo das Gesetz die Anwendung der Bestimmungen des Allgemeinen Teils nicht ausgeschlossen hat, ist stets zu prüfen, ob dessen von individualrechtlichen Rechtsverhältnissen und Rechtsgeschäften ausgehenden Vorschriften auf die personen- und sozialrechtlichen Rechtsverhältnisse im Familienrecht passen.

So wird es die Aufgabe sein, die allgemein bürgerlichrechtlichen Bestimmungen nur insoweit und mit der Modalität auf die rechtsgeschäftliche elterliche Einigung anzuwenden, daß man den zwischenelterlichen Beziehungen und dem Wesen der in der Einigung von ihnen ausgeübten elterlichen Gewalt gerecht wird. In der totalen Unterwerfung der elterlichen Einigung unter die allgemeinen Regeln des BGB würde sie nicht wesensmäßig erfaßt.[1)]

- - - - - - - - - -

1) Gernhuber LB. § 8 II 2, 58; Dölle I § 6 III, 63 zu dem ähnlichen Problem der Anwendbarkeit allgemeinbürgerlichrechtlicher Bestimmungen auf das Verlöbnis

2. Die elterliche Einigung ist formfrei. Das bedarf keiner weiteren Begründung und ergibt sich schon aus dem engen Lebensverhältnis beider Elternteile und der für jede vernünftige Kindererziehung erforderlichen Flexibilität elterlichen Handelns.

   Dazu, daß die Formfreiheit, die weitgehend gerade im Verhältnis der Ehegatten zueinander schlüssige Erklärungen gestattet, es oft erschwert festzustellen, ob und in welcher Weise die Eltern sich geeinigt haben, kann auf die Ausführungen auf S. 41 ff. verwiesen werden.

3. Wie die Ausübung der elterlichen Gewalt im ganzen (§§ 1673 Abs. 1, 1675) erfordert die rechtsgeschäftliche elterliche Einigung wie jedes Rechtsgeschäft grundsätzlich die Geschäftsfähigkeit der Eltern. Die Willenserklärung eines geschäftsunfähigen Elternteils ist ebenso nichtig (§§ 104, 105 Abs. 1) wie die, welche bei Bewußtlosigkeit des Elternteils oder vorübergehender Störung seiner Geistestätigkeit abgegeben wird (§ 105 Abs. 2).

   Ebensowenig ist das Zustandekommen einer rechtsgültigen Einigung jedenfalls insoweit möglich, als einem Elternteil die Ausübung der Personensorge entzogen ist (§ 1666 Abs. 1 S. 1), seine elterliche Gewalt nach § 1674 Abs. 1 ruht oder er sie verwirkt hat (§ 1676).

4. Bei der Ausübung der elterlichen Gewalt ist auch das Problem der Rechtsstellung Minderjähriger oder Nichtvollgeschäftsfähiger von Bedeutung.

   Sowohl Ehemann als -frau können minderjährig sein, § 1 EheG, der Mann allerdings nur, wenn ihm das Vormundschaftsgericht von dem grundsätzlichen Erfordernis der Volljährigkeit (§ 1 Abs. 1 EheG.) Befreiung

erteilt. Da diese aber nur dann erteilt wird, wenn der Mann das 18. Lebensjahr vollendet hat und nicht mehr unter elterlicher Gewalt steht (§ 1 Abs. 2 EheG.) , d.h., für volljährig erklärt worden (§§ 3-5) und somit voll geschäftsfähig ist (§ 3 Abs. 2), stellt sich das Problem des minderjährigen, nicht voll geschäftsfähigen Ehegatten durchweg bei der Frau.[1)]

Anders als bei der Frage der Wirksamkeit eines Verlöbnisses Minderjähriger hat der Gesetzgeber die Wirksamkeit elterlicher Akte der minderjährigen Ehefrau ausdrücklich geregelt, so daß sich - wenigstens für den Bereich der Sorge für die Person des Kindes - die Frage nach der Anwendbarkeit der allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen auf solche Handlungen nicht stellt. Nach § 1673 Abs. 2 ruht zwar die elterliche Gewalt einer minderjährigen Ehefrau, weil sie in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (§ 106). Das bedeutet aber nicht, daß die minderjährige Ehefrau mit ihrem Ehemann keine rechtsgeschäftlichen elterlichen Einigungen erzielen könnte. Nach § 1673 Abs 2 S. 2 steht ihr nämlich die Sorge für die Person des Kindes neben dem gesetzlichen Vertreter, d.h. ihrem Ehemann, zu. Bei allen elterlichen Einigungen, die die Sorge für die Person des Kindes mit Ausnahme der gesetzlichen Vertretung betreffen, steht die minderjährige Ehefrau der volljährigen gleich. Sie ist insoweit also voll geschäftsfähig,[2)] oder anders ausgedrückt : " Einigungsfähigkeit " ist nicht mit Geschäftsfähigkeit

- - - - - - - - - -

1) Die Fälle beschränkter Geschäftsfähigkeit des Ehemannes sind auf die Gründe des § 114 BGB beschränkt und kommen in der Praxis im Vergleich zur beschränkten Geschäftsfähigkeit der Ehefrau infolge Minderjährigkeit nur selten vor.

2) vgl. andere Fälle " partieller Geschäftsfähigkeit " der minderjährigen Ehefrau, die allerdings nicht eheliche oder elterliche, sondern die eigene Person der Frau berührende Angelegenheiten betreffen: §§ 4 Abs. 2 S. 3, 8 Abs. 2

identisch, sondern setzt nur beschränkte Geschäftsfähigkeit voraus.[1)]

Das gleiche gilt für alle sonstigen Fälle elterlicher Einigungen, in denen die elterliche Gewalt eines Elternteils ruht, weil dieser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist oder er für seine Person und sein Vermögen nach § 1910 Abs. 1 einen Pfleger erhalten hat (§ 1673 Abs. 2), er also wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt oder nach § 1906 unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist (§ 114) oder infolge körperlicher Gebrechen zur Besorgung seiner Angelegenheiten einen Pfleger zur Sorge für seine Person und sein Vermögen erhalten hat. (§ 1910 Abs. 1).[2)]

Obwohl in den Fällen der §§ 1671 Abs. 2, 1672 Gegenstand der Einigung nicht nur die Sorge für die Person des Kindes, sondern die gesamte elterliche Gewalt ist, ist der beschränkt geschäftsfähige Ehegatte über § 1673 Abs. 2 S. 2 hinaus in der Lage, sich mit seinem Ehegatten zu einigen, ohne daß der gesetzli-

- - - - - - - - - - -

1) Soweit ersichtlich, ist in der Literatur bisher die Frage nach der "Einigungsfähigkeit" des beschränkt geschäftsfähigen Elternteils in dieser Allgemeinheit noch nicht gestellt worden. Dieses Problem ist bisher nur im Zusammenhang mit der elterlichen Einigung im Rahmen der §§ 1671 Abs. 2, 1672 angesprochen (vgl. dazu die Ausführungen auf S. 64 mit der dort in Fußn. 1 zitierten Literatur) sowie insbesondere bezüglich der elterlichen Einigung über die religiöse Kindererziehung nach § 1 RKEG erörtert worden (vgl. insbesondere Palandt-Lauterbach § 1 RKEG A. 2; Staudinger-Donau § 1 RKEG Rdz. 8; Dölle II § 93 II 5, 180; RGRK (Scheffler) § 1 RGKEG A. 3; Achilles-Greiff-Beitzke § 1 RKEG A.1

2) Die Bestellung eines Pflegers für einen Elternteil nach § 1910 Abs. 2 hat auf seine elterliche Gewalt und damit seine "Einigungsfähigkeit" keinen Einfluß. Von Bedeutung hierfür ist nach § 1673 Abs. 2 nur - wie oben ausgeführt - die "Totalpflegschaft" des § 1910 Abs. 1, nicht aber die "Spezialpflegschaft" des § 1910 Abs. 2, die den betroffenen Elternteil nur an der Besorgung der betreffenden einzelnen Angelegenheit oder des bestimmten Kreises von Angelegenheiten, nicht aber auch an der Ausübung der elterlichen Gewalt, hindert.

che Vertreter zustimmen muß.[1] Daß im familienrechtlichen Bereich der beschränkt Geschäftsfähige bei der Ausübung und Geltendmachung höchstpersönlicher Rechte - so auch hier bei der Einigung mit seinem Ehegatten über die dem Vormundschaftsgericht vorzuschlagende Regelung der elterlichen Gewalt bezüglich der Kinder - einem voll Geschäftsfähigen gleichsteht, folgt aus der Rechtsanalogie zu den §§ 1729 Abs. 3, 1748 Abs. 2 BGB, 612 Abs. 1 ZPO.

5. Die höchstpersönliche Natur der elterlichen Gewalt, d.h. ihre grundsätzlich an die Person der Eltern gebundene Inhaberschaft und Ausübungsbefugnis hat im Gegensatz zu sonstigen Rechtsgeschäften einige Besonderheiten der elterlichen Einigung zur Folge:

a. Der Tod eines Elternteils beendet eine vorhanden gewesene Einigung. Dieser sich aus dem Wesen der elterlichen Gewalt ergebende Grundsatz wird für ein Teilgebiet der elterlichen Gewalt, nämlich die religiöse Kindererziehung (§ 1 RKEG.), ausdrücklich erwähnt.
Die Einigung als Mittel der Formierung zweier gleichstarker Elternrechte von Vater und Mutter basiert auf der Existenz und Konkurrenz dieses elterlichen Dualismus und erlischt mit dem Tod eines Elternteils. Nach § 1681 steht dem überlebenden Elternteil die elterliche Gewalt allein zu. Das Zusammenfallen von Verpflichtung und Recht in der Person des Überlebenden ist neben der Höchstpersönlichkeit des durch die Einigung begründeten Rechtsverhältnisses ein weiterer Grund für das Erlöschen des Konsenses im Falle des Todes eines Elternteils.

- - - - - - - - - -

1) Erman-Ronke § 1671 A. 7; Gernhuber LB. § 56 III, 612, Fußn. 2; Dölle II § 97 III 2, 287; Riedel, Geschiedene Ehen, 24; Soergel-Siebert-Lange § 1671 Rdz. 17; a.A. Achilles-Greiff-Beitzke § 1671 A. 6

Handelt der überlebende Ehegatte also einer solchen Einigung zuwider, so mag darin allenfalls eine Verletzung des Andenkens an den Verstorbenen, nicht aber irgendwelcher Rechte liegen.

Aus ähnlichen Erwägungen ist auch das Erlöschen einer elterlichen Einigung in den Fällen anzunehmen, in denen zwar beide Elternteile leben, aber nur einem von ihnen die elterliche Gewalt bzw. die hier interessierende Personensorge "zusteht" (§§ 1671/72; 1673 Abs. 1; 1676[1]; 1666 Abs. 1 S.1[2]). Es bedarf hier keines Eingehens auf die umstrittene Frage, ob in den eben genannten Fällen dem betroffenen Elternteil die elterliche Gewalt der Substanz oder nur der Ausübung nach verloren geht.[3] Auch im Falle des bloßen Ausübungsverlustes steht das Bestimmungsrecht in Zukunft allein dem Ausübungsberechtigten zu. Es bedeutete eine unzulässige Beschränkung dieses Bestimmungsrechts, wollte

- - - - - - - - - -

1) Hat ein Elternteil die elterliche Gewalt verwirkt oder wird sie ihm ganz oder auf dem der Einigung zugrundeliegenden Teilgebiet entzogen, so steht sie insoweit dem anderen Elternteil dann allein zu, wenn das Vormundschaftsgericht dies angeordnet hat (§§ 1679 Abs. 1 S. 1, 1680). Erst recht ist das Erlöschen einer elterlichen Einigung für den Fall anzunehmen, wenn nicht einmal mehr einem Elternteil die elterliche Gewalt zusteht, d.h., wenn in den beiden eben genannten Fällen nach § 1679 Abs. 1 S. 2 ein Vormund oder Pfleger bestellt wird und "mit der Bestellung auch der andere Elternteil die elterliche Gewalt verliert" (§ 1679 Abs. 1 S. 3). Eine solche elterliche Einigung kann daher weder zwischen den Eltern selbst noch zwischen ihnen und dem Vormund oder Pfleger Bindungswirkung haben.

2) vgl. Fußn. 1, wo sowohl der Fall der Verwirkung wie der Entziehung der elterlichen Gewalt angesprochen worden ist.

3) Die Vertreter der h.M. nehmen an, daß die elterliche Gewalt grundsätzlich der Ausübung, nur im Falle der Verwirkung der Substanz nach verloren gehe (insbes. Beitzke FamRZ. 1958, 9). Gegen jeglichen Substanzverlust: Göppinger FamRZ. 1959, 402 und RGRK. (Scheffler) § 1626 A. 7 u. § 1676 A. 2. Im übrigen ist wohl mit Staudinger-Donau § 1626 Rdz. 8 zu sagen, daß dieser Streit in erster Linie terminologischer, lediglich bei der Frage des Verkehrsrechts u.U. praktischer Natur ist.

man elterliche Einigungen aus der Vergangenheit fortwirken lassen und den ausübungsberechtigten Elternteil auch weiter daran gebunden halten.

Dies mag zwar im konkreten Einzelfall des § 1673 Abs.1 zu menschlichen Härten führen, da u.U. der im Rechtssinn geschäftsunfähig gewordene Elternteil durchaus Einsicht und Verantwortungsgefühl bezüglich des Sachverhalts haben kann, der in der Einigung geregelt worden ist. Jedoch ist wegen der vom Gesetz an die Geschäftsunfähigkeit eines Elternteils geknüpften Konsequenz von einer Lösung der elterlichen Einigung auszugehen.[1)]

Etwas anderes gilt jedoch, wenn ein Elternteil die elterliche Gewalt deshalb allein ausübt, weil der andere tatsächlich verhindert ist, sie auszuüben, oder die elterliche Gewalt eines Elternteils deshalb ruht, weil das Vormundschaftsgericht festgestellt hat, daß er sie auf längere Zeit tatsächlich nicht ausüben kann (§ 1678 Abs. 1 in Verbindung mit § 1674 Abs. 1). In diesen Fällen hat die alleinige Ausübungsbefugnis des einen Elternteils keinen Einfluß auf die zwischen den Eltern bestehenden Einigungen. Es wäre nicht einzusehen, daß eine nach eingehender Prüfung der finanziellen Verhältnisse der Familie und der Begabung des Kindes erfolgte Einigung der Eltern über die Frage der Schulausbildung des Kindes erlöschen und die Mutter nun völlig frei entscheiden dürfen sollte, wenn der Vater infolge tatsächlicher Verhinderung (z.B. nach schwerem Verkehrsunfall mit Bewußtlosigkeit im Gefolge) die elterliche Gewalt nicht ausüben kann.

- - - - - - - - - -

1) Engelmann § 1 RKEG. A. III 3 f., 37; Dölle § 93 II 4, 178; Klein LZ. 1923, 218. A.A. (ohne Begründung) Staudinger-Donau § 1 RKEG. Rdz. 12.

So ist auch von dem Fortbestehen einer elterlichen Einigung dann auszugehen, wenn das Vormundschaftsgericht zum Beispiel wegen Kriegsgefangenschaft des Mannes festgestellt hat, daß seine elterliche Gewalt ruht.

Daß gerade aber unter solchen Umständen elterlichen Absprachen die Grundlage entzogen werden kann, ist naheliegend. So kann der Fortbestand der elterlichen Einigungen in diesen Fällen nicht so verstanden werden, als sei der nun die elterliche Gewalt allein ausübende Elternteil ohne Rücksicht auf die veränderte Situation und auf das Kindesinteresse an sie gebunden. Im einzelnen wird zur Frage der Widerruflichkeit elterlicher Einigungen auf die näheren Erörterungen dieses Problems auf Seite 118 ff. verwiesen.

b. Die Einigung als höchstpersönliches Rechtsgeschäft kann nicht durch einen Vertreter (im Willen), insbesondere nicht durch den gesetzlichen Vertreter der Ehefrau (§ 1633), herbeigeführt werden.

c. "Weil die Einigung nicht personenstandsbestimmend ist, Transparenz und Statik also nicht verbürgt sein müssen"[1], elterliche Absprachen ja gerade stets an den veränderten Verhältnissen zum Wohle des Kindes orientiert und gemeinsam überdacht werden müssen, ist gegen Bedingungen und Anfangstermine nichts einzuwenden.

6. Im Zusammenhang mit der Höchstpersönlichkeit der elterlichen Gewalt steht, daß diese nicht übertrag-

- - - - - - - - - -

1) Gernhuber LB. § 8 II 3, 58

bar, vererblich und insbesondere auf sie weder insgesamt noch auf Einzelbestandteile verzichtet werden kann. Nicht nur ein Verzicht der Eltern zugunsten eines Dritten oder zu niemandes Gunsten, sondern auch ein Verzicht des einen Elternteils zugunsten des anderen ist daher in rechtsverbindlicher Weise unmöglich.[1)]

Die Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt gilt als absolut feststehender, von Wissenschaft und Praxis gleichermaßen anerkannter Grundsatz,[2)] obwohl

- - - - - - - - - -

1) Danziger, Diss., 27; RG. 7.5.1903. Gruch. 47, 978 ff.

2) Beitzke Stb. § 26 II 1, 154; Dölle II § 91 I, 137; Enneccerus-Kipp-Wolff § 87 a I b, 373; Gehring, Personensorge und Vertrag, 34; Gernhuber LB. § 49 II, 503; Gimmerthal AcP. 104, 388 ff. (389); KG. 20.5.1955 FamRZ. 1955, 295; Krüger-Breetzke-Nowack § 1672 Rdz. 2 und 1626 Rdz. 5; Lange NJW. 1961, 1889 ff. (1890); Lohmann Gruch. 61, 22 ff. (38); Motive IV, 627, 752, 842; OLG. Stuttgart 8.12.1916 Recht 1917 Nr. 232; OLG München 21.9.1935 HRR. 1936 Nr. 263; Opet - v. Blume § 1626 A. 2; Palandt-Lauterbach Einf. vor § 1626 A. 2; Planck § 1627 A. 5; Reichel Recht 1914, 355; RG. 7.5.1903 Gruch. 47, 978; 13.3.1905 JW 1905, 292; 16.5.1917 LZ. 1917, 1257; 3.6.1935 JW 1935, 2896; 18.5.1940 HRR. 1940 Nr. 1105; RGRK. (Scheffler) § 1626 A. 11; Schwoerer EJF. A I f. 20; Soergel-Siebert-Lange § 1626 Rdz. 5; Staudinger-Donau § 1626 Rdz. 9 und 1627 Rdz. 5.

Die ältere dieser sehr umfangreichen Literatur betrifft fast ausschließlich Abreden zwischen geschiedenen Ehegatten. Ihre Sachverhalte sind zwar durch die Neuordnung der elterlichen Gewalt, insbesondere der §§ 1671, 72 (im Gegensatz zu dem 1938 aufgehobenen § 1635), weithin überholt, unberührt blieben aber die Ausführungen über die Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt und deren Folgen.

er im BGB nicht unmittelbar ausgesprochen ist.[1) 2)]

Er wird allgemein insbesondere mit der "Pflichtgebundenheit"[3)] der elterlichen Gewalt begründet. Die elterliche Gewalt ist eine familienrechtliche Rechtsstellung, die zwar als absolutes, subjektives Recht an der Person des Kindes bezeichnet werden kann,[4)]

- - - - - - - - - -

1) Im 1. Entw. eines BGB für das Deutsche Reich (1888) war in § 1561 bestimmt: "Auf die elterliche Gewalt kann nicht verzichtet werden". Die Kommission für die 2. Lesung des Entw. hat § 1561 aber gestrichen, da "die Vorschrift selbstverständlich sei" (vgl. Protokolle Bd. IV, 622). Mittelbar folgt die Unverzichtbarkeit aus § 1671 Abs. 2, wonach selbst nach der Scheidung ein Elternteil nicht einfach seine Rechte auf den anderen übertragen, vielmehr dies nur gemeinsam mit dem anderen dem Vormundschaftsgericht zu dessen konstitutiver Entscheidung vorschlagen kann.

2) Keine Durchbrechung dieses Grundsatzes ist die Einwilligung der Eltern zur Volljährigkeitserklärung (so aber Staudinger 7./8. Aufl. § 4 A. 5) und zur Eheschließung des Kindes (§ 3 Abs. 1 EheG.) mit der Folge des § 1633, da nicht sie, sondern die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts das Ende der elterlichen Gewalt herbeiführt. Aus entsprechenden Gründen ist dies auch im Falle der Einwilligung der unehelichen Mutter zur Ehelichkeitserklärung (so aber Planck in der Begründung zu seinem Vorentwurf, S. 1450) oder der Einwilligung der Eltern in die Adoption ihres Kindes (so aber Knitschky, Eltern-Kinder, 157 ff.; ähnlich Zimmermann ZBl JugR. 1954, 288 ff. u. 319 ff.) nicht anzunehmen.

   Gewisse Ausnahmen vom Grundsatz der Unverzichtbarkeit in Form eines faktischen Verzichts:

   a. § 1678 Abs. 2: Der betreffende Elternteil unterläßt die Antragstellung.
   b. § 1681 Abs. 2: Der für tot erklärte, aber lebende Elternteil unterläßt die Erklärung gegenüber dem Vormundschaftsgericht.

3) Dietz bezeichnet die elterliche Gewalt treffend als "Pflichtrecht".
   So bereits die Motive Bd. IV, 842: "Die Grundlage des in der elterlichen Gewalt liegenden Rechts bildet die diesem entsprechende Pflicht".

4) Staudinger-Donau § 1626 Rdz. 2; Gernhuber LB. § 49 I 1, 502.

aber zugleich auch relativer Natur ist.[1] Die elterliche Gewalt wird nicht als den Eltern um ihrer selbst willen verliehen betrachtet. Sie ist vielmehr eine im Interesse des Kindes geschaffene Schutzgewalt mit vormundschaftlichem Charakter, die den Eltern nicht nur Rechte gewährt, sondern - in erster Linie - zugleich auch Pflichten auferlegt. Oft sind bei diesem Verständnis der elterlichen Gewalt die elterlichen Rechte nur Reflexe der entsprechenden Elternpflichten und finden in diesen ihre Rechtfertigung.[2] Die elterliche Gewalt ist eine pflichtabhängige Befugnis".[3] [4] Diese Abhängigkeit führt zur untrennbaren Verbundenheit von Rechten und Pflichten, so daß auch nicht etwa auf das Recht allein verzichtet werden kann.[5]

Jede elterliche Einigung, in der ein Elternteil die elterliche Gewalt als ganzes oder auch nur einen ihrer Bestandteile dem anderen überträgt, ist unzu-

- - - - - - - - - -

1) Insbes. Soergel-Siebert-Lange Einl. 4 vor § 1297; Gernhuber LB. § 2 II, 12 ff.

2) RGRK. (Scheffler) vor § 1626 A. 12

3) Dölle II § 91 I, 137

4) Den ausführlichsten Versuch, den Grundsatz der Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt zu begründen, hat Gehring (Personensorge und Vertrag, 52 ff.) unternommen. Er erblickt den eigentlichen Grund für den Pflichtcharakter vor allem in der rechtspolitischen Erwägung, daß die Gestaltung der Berufung derEltern zur Fürsorge für die Kinder unter dem Erfordernis der "Evidenz und Stabilität" stehe, Begriffe, die bei Gernhuber (LB. § 1 IV, 6) als "Transparenz und Statik" wiederkehren; vgl. oben S. 67

5) A.A. Rosenberg AcP 127, 66, der die Erfüllung der Pflicht auch durch Übernahmevertrag für denkbar hält.

lässig und nach § 134[1] nichtig.[2]

Eine elterliche Einigung ist also daraufhin zu prüfen, ob sie nicht einen direkten Verzicht oder aber ihren Auswirkungen nach einen Verzicht auf die elterliche Gewalt oder irgend ein einzelnes elterliches Mitwirkungs- und Bestimmungsrecht darstellt.

- - - - - - - - - -

1) Ein Verstoß gegen den im Gesetz zwar nicht ausgesprochenen, aber gerade wegen seiner Selbstverständlichkeit unausgesprochen gebliebenen und allseits anerkannten Grundsatz der Unverzichtbarkeit stellt sich als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot dar. Auch ohne ausdrückliche Vorschrift kann aus dem Wesen einer Einrichtung ein Verbot folgen, Erman-Westermann § 134 A. 9; Staudinger-Coing § 134 Rdz. 8. A.A. André, Erziehungsverträge, 25 und Danziger, Diss., 20, die die Nichtigkeit solcher elterlicher Vereinbarungen aus § 306 herleiten. Die rechtliche Unmöglichkeit der Leistung infolge eines gesetzlichen Verbots fällt aber nicht unter § 306, sondern unter § 134 (Palandt-Danckelmann § 306 A. 1 u. § 275 A 1 a). Häufig wurde ein solcher Verzicht wegen Sittenwidrigkeit (§ 138) für nichtig gehalten (vgl. André, Erziehungsverträge, 26). Wenn auch nicht selten Gesetzesverstoß zugleich Sittenverstoß i.S. des § 138 bedeutet, so kann doch nicht das Moment der Sittenwidrigkeit über die Nichtigkeit eines solchen Verzichts entscheiden. "Es sind sehr wohl Fälle denkbar, wo der Versuch eines solchen Verzichts das Ergebnis hoher sittlicher Überlegungen ist und den edelsten Motiven entspringt", Danziger, Diss., 20

2) So schon RG. 7.5.1903 Gruch. 47, 978; 13.3.1905 RGZ. 60, 266; 22.3.1906 Gruch. 50, 999; 5.11.1908 Gruch. 53, 699; 16.5.1917 LZ. 1917, 1257; 3.6.1935 JW 1935 2896; 10.3.1938 HRR. 1938 Nr. 662. Die Frage der Wirksamkeit eines Verzichts auf die elterliche Gewalt ist in dem BGB vorangegangenen Rechten verschieden beantwortet worden. Im Bereich des ALR. wurden, wenn auch bestritten, solche Abmachungen zwischen Ehegatten vorbehaltlich der Änderungsbefugnis des Vormundschaftsgerichts für statthaft gehalten (RG. 3.5.1880 Gruch. 25, 465 ff.; 467). Auch gemeinrechtlich war die Gültigkeit eines Verzichts auf das Erziehungsrecht bestritten. Das RG. hat sich wiederholt für die Gültigkeit eines solchen Verzichts jedenfalls für den Fall ausgesprochen, wo ein Elternteil nicht zugunsten eines Dritten, sondern des anderen Elternteils verzichtet, "welchem im gewissen Sinn das Erziehungsrecht von vornherein gemeinsam mit dem anderen zusteht", RG. 11.6.1895 RGZ. 37, 189 ff. (190); vgl. auch RG. 4.5.1888 RGZ. 21, 160 ff. (161); Sintenis § 140 A. 37; Knitschky, Eltern-Kinder, 156/157

Wann ist dies der Fall ?

Diese Frage ist in Lehre und Rechtsprechung insbesondere im Zusammenhang mit den sogenannten Erziehungs- oder Personensorgeverträgen sowie den Pflegekindverträgen erörtert worden.[1] Darunter wurden Vereinbarungen verstanden, in denen der sorgeberechtigte Elternteil dem nichtsorgeberechtigten das Kind überließ oder die Eltern das Kind einem Dritten zur Erziehung übergaben.

Die dort erarbeiteten Grundsätze haben nicht nur für solche Rechtsverhältnisse besondere, sondern auch für sonstige elterliche Einigungen allgemeine Bedeutung.

Wesentlich ist dabei für die weitere Betrachtung folgende herausgearbeitete Unterscheidung elterlicher Einigungen:

Enthalten sie einen Verzicht auf die elterliche Gewalt ihrer Substanz nach ("quoad substantiam"[2]), eine "dingliche"[3] Übertragung der elterlichen Gewalt auf den anderen Elternteil, so sind sie nichtig.

Stellen sie dagegen eine bloße Überlassung der elterlichen Gewalt der Ausübung nach ("quoad exercitium") dar, so ist gegen ihre Zulässigkeit nichts einzuwenden.[4] Die elterliche Gewalt ist zwar ein höchstpersönliches Recht, gehört aber nicht zu den streng

- - - - - - - - - -

1) vgl. hierzu insbes. die Abhandlungen von André, Danziger und Gehring

2) Danziger, Diss., 18

3) André, Erziehungsverträge, 26

4) Allg. Meinung: Achilles-Greiff-Beitzke § 1626 A.7 u. § 1631 A. 1; André, Erziehungsverträge, 27 ff.; Dölle II § 91 I, 137; Gernhuber LB. § 49 II, 503; Danziger, Diss., 29 ff.; Erman-Ronke § 1626 A. 1 a; Gehring, Personensorge u. Vertrag, 64 ff.; Lehmann FamR. § 20 VI 3, 142; Motive IV, 627; Opet-v.Blume § 1627 A. 2; Palandt-Lauterbach Einf. vor § 1626 A. 2; Staudinger-Donau § 1627 Rdz. 11; RGRK. (Scheffler) vor § 1626 A. 12; Soergel-Siebert-Lange § 1626 Rdz. 6; RG 22.3.1906 Gruch. 50, 999; 3.6.1935 JW 1935, 2896; 10.3.1938 JW 1938, 1262; Lücken, Heimerziehung, 1164

höchstpersönlichen Rechten, die selbst einer Ausübung durch Dritte, hier der Alleinausübung durch einen Elternteil, widerstehen. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 1627, wonach die elterliche Gewalt "im gegenseitigen Einvernehmen" auszuüben ist, aber keine "gemeinschaftliche Ausübung" verlangt wird.[1] Innehabung und Ausübung des Rechts können daher in verschiedenen Händen liegen. Der übertragende Elternteil gibt sein Recht nicht auf. Es bleibt seiner Wurzel nach bei dem übertragenden Elternteil.[2]

Eine rechtsgeschäftliche substantielle Übertragung der elterlichen Gewalt ist den Eltern also entzogen. Es gibt keinen rechtsgeschäftlichen Austritt aus der Elternschaft. Sollte eine solche Absicht der Eltern zu einer entsprechenden Einigung führen, so wäre sie rechtlich unbeachtlich. "Die elterliche Gewalt ist ihrem gesamten rechtlichen Inhalt und ihrem vollen Umfang nach bei dem Elternteil zurückgeblieben, der durch Vertrag auf sie verzichten wollte".[3]

Vereinbarungen unter den Ehegatten, durch welche einer von ihnen für alle Zukunft Rechte und Pflichten, die elterliche Gewalt über das Kind auszuüben, aufgeben will, sind nichtig. Unterlassen z.B. die dauernd getrennt lebenden Eltern, den nach § 1672 erforderlichen Antrag zu stellen, in der Absicht, die elterliche Gewalt intern ohne Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts in dem Sinn zu regeln, daß der die Erziehung des Kindes ausübende Elternteil Alleininhaber der elterlichen

- - - - - - - - - -

1) Staudinger-Donau § 1627 Rdz. 15; RGRK. (Scheffler) § 1627 A. 13; Erman-Ronke § 1627 A. 1.

2) Gehring, Personensorge u. Vertrag, 72 ff. Zur rechtlichen Erklärung der Ausübungsüberlassung zieht er die Parallele zur Treuhänderschaft und schließlich zur Ermächtigung. Dieser familienrechtliche Vorgang, der überwiegend die Überlassung tatsächlicher Maßnahmen elterlicher Gewaltausübung zum Gegenstand hat, ist aber durch diese Rechtsfiguren nicht erfaßbar. Vgl. dazu insbes. Erman-Ronke § 1627 A 1 c; Staudinger-Donau § 1627 Rdz. 18

3) Danziger, Diss., 28

Gewalt mit allen Rechten und Pflichten sein solle, so ist ein solches elterliches Abkommen ohne die gewünschte Rechtswirkung und nur von faktischer Bedeutung. Das gleiche Schicksal widerführe einer elterlichen Einigung in dem vielleicht etwas konstruierten Fall, wo trotz Zusammenlebens der Eltern einer von ihnen im Einvernehmen mit dem anderen aus irgendwelchen Gründen jeglicher künftiger Mitwirkung an der Erziehung des Kindes entsagt und die gesamte elterliche Gewaltausübung in die Hände seines Ehegatten legt.

Einem Verzicht auf die elterliche Gewalt ihrer Substanz nach kann auch eine elterliche Einigung ihrer Wirkung nach nahekommen, wenn sie zwar nicht die Übertragung der gesamten elterlichen Befugnisse, wohl aber wesentlicher Bestandteile der elterlichen Gewalt zum Gegenstand hat, d.h. einem Elternteil Alleinbefugnisse auf einem mehr oder weniger großen Teilgebiet der elterlichen Gewalt einräumt. Auch solche, nicht nur die früher unter den Begriff des Erziehungs- oder Personensorgevertrags fallende elterliche Einigungen, verlangen unter dem Gesichtspunkt eines möglicherweise in ihnen liegenden substantiellen Verzichts, der unzulässig wäre, Beachtung.

Dabei sei vor allem an die in der Wissenschaft erörterte vertragliche Regelung der Entscheidungsbefugnis[1] gedacht, ein Versuch, trotz Durchführung der Gleichberechtigung im Bereich der elterlichen Gewalt ohne eine entscheidende Außeninstanz auszukommen. Wäre eine solche elterliche Absprache im Rechtssinne bindend, so wäre damit dem nicht entscheidungsberechtigten Elternteil der Kern seiner elterlichen Gewalt entzogen. Er wäre der von ihm nicht mehr zu besei-

- - - - - - - - - -

1) Denkschrift III, 10; Strauß JZ 1952, 456; Bosch SJZ. 1950, 634/636

tigenden Prärogative des anderen unterstellt und nur noch formal elterlicher Gewalthaber.

Weiter ist dabei an alle elterlichen Einigungen zu denken, die über eine Regelung eines bestimmten Lebenssachverhalts elterlicher Gewaltausübung hinausgehen und somit von sachlich umfassender, genereller, pauschaler Natur sind,[1] d.h. über eine konkrete erzieherische Situation hinausgehen, also die künftige Ausübung eines ganzen Sektors elterlicher Gewaltausübung festlegen, dessen Ausmaß zwar bestimmbar ist, wobei aber die im Laufe der Zeit erforderlich werdenden, dem "übertragenden" Elternteil nun entzogenen Einzelentscheidungen von vornherein nicht überschaubar sind. Beispiele: Die Eltern vereinbaren eine Aufteilung ihrer elterlichen Aufgaben nach Sachbereichen, wonach jeder in seinem "Ressort" alleinberechtigt die elterliche Gewalt soll ausüben dürfen. Sie beschließen, daß in Zukunft der Vater das Kind solle allein vertreten dürfen.

Wollte man die Eltern für die Zukunft und unter allen Umständen an solche elterliche Pauschaleinigungen für gebunden halten, und könnte der insoweit ausgeschlossene Elternteil nicht mehr auf die elterliche Gewaltausübung Einfluß nehmen, so läge darin nichts anderes als die Anerkennung eines wirksamen Verzichts auf die elterliche Gewalt oder einzelner ihrer Bestandteile.

Die eben angedeuteten Bedenken gegen die Gültigkeit elterlicher Einigungen, die einen Verzicht auf die Substanz der elterlichen Gewalt insgesamt oder in Teilbereichen beinhalten könnten, haben nur für den Fall Geltung, daß ein wirklicher Verzicht von einem Elternteil beabsichtigt war. Diesen Ausführungen kommt daher nur eine überwiegend theoretische Bedeu-

---

vgl. dazu oben S. 23 ff.

tung zu, da sich die Fälle wirklichen Verzichts auf die elterliche Gewalt oder einzelne ihrer Bestandteile nur in verschwindend geringer Zahl werden finden lassen. In der Regel werden solche elterliche Einigungen eine andere Bedeutung haben und sind dementsprechend rechtlich nicht als substantieller Verzicht zu beurteilen. In der Regel wird kein wirklicher dauernder Verzicht auf das Elternrecht beabsichtigt; es handelt sich um eine Übertragung der elterlichen Gewalt der Ausübung nach.

So werden solche Abmachungen fast durchweg im Wege der Auslegung im Sinne einer bloßen Ausübungsüberlassung verstanden oder zumindest mit Hilfe des § 140 in eine solche umgedeutet werden können.

Für die Vielzahl elterlicher Einigungen kommen diese im Rahmen des § 134 notwendig gewesenen Betrachtungen nicht in Frage. Wie festgestellt wurde, erheben sich diese Bedenken nur bei elterlichen Einigungen umfassenden, pauschalen Charakters. Ihre Zahl ist aber im Vergleich zu den elterlichen Einigungen, die nicht genereller, sondern spezieller Art sind, verschwindend klein. Zwar gibt es, wie vor allem die Fälle elterlicher Aufgabenteilungen zeigen, auch in einer intakten Ehe Einigungen generellen Umfangs. In der Regel werden aber die elterlichen Entscheidungen nicht von einem Elternteil auf Grund vereinbarter alleiniger Zuständigkeit allein, sondern nach jeweiliger gemeinsamer Beratung und Überlegung im konkreten Einzelfall gefällt. In diesen Fällen ist gegen die Gültigkeit einer rechtsgeschäftlichen elterlichen Einigung unter dem Aspekt der Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt nichts einzuwenden. Hier wird nicht elterliche Gewalt von einem auf den anderen übertragen und einer der Elternteile von der weiteren Mitwirkung an der elterlichen Gewaltausübung und künftigen Entscheidungen ausgeschlossen. In diesen Einigungen wird vielmehr die elterliche Gewalt durch

die Eltern in der ihnen vom Gesetz auferlegten Form gegenseitigen Einvernehmens konkretisiert und eine konkrete, überschaubare Angelegenheit in dem von beiden Elternteilen gewählten Sinn abschließend geregelt.

7. Eine rechtsgeschäftliche elterliche Einigung, gegen deren Gültigkeit nach § 134 keine Bedenken bestehen, kann dagegen nach § 138 nichtig sein. Darauf, daß sich die Nichtigkeit eines substantiellen Verzichts auf die elterliche Gewalt in der Regel nicht aus § 138, sondern § 134 ergibt, ist bereits hingewiesen worden.[1] Freilich kann ein solcher nach § 134 nichtiger Verzicht auch aus dem weiteren Grund nichtig sein, weil er gegen die guten Sitten verstößt.

Hierfür ist entscheidend, "ob im einzelnen Fall eine solche Einigung, nach ihrer aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtwesensart beurteilt, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zuwiderläuft".[2]

Sittenwidrig sind elterliche Einigungen z.B. dann, wenn für die Ausübungsüberlassung im beschriebenen Sinn oder auch für das Entgegenkommen eines Elternteils in einer speziellen Frage elterlicher Gewaltausübung ein Entgelt vorgesehen wird oder die elterliche Einigung sonst in irgend einem kausalen Zusammenhang zu Geld oder Geldeswert steht,[3] wenn also der die Ausübung der elterlichen Gewalt begehrende Elternteil dem anderen für die Überlassung des Kindes oder für das ihm eingeräumte Bestimmungsrecht über einen Erziehungskomplex oder auch nur über eine einzelne Angelegenheit eine Geldleistung verspricht.

- - - - - - - - - -

1) vgl. oben S. 71 Fußn. 1

2) RG. 23.1.1939 RGZ. 159, 158., 164

3) Lotmar, Unmoralischer Vertrag, 73 u. 36; Gernhuber LB. § 49 II, 503, Fußn. 4

Sittenwidrig ist auch eine elterliche Absprache, wenn die Eltern die Einhaltung ihrer Einigung mit dem Versprechen einer Vertragsstrafe für den Fall ihrer Zuwiderhandlung zu erreichen suchen.

Eine elterliche Einigung ist des weiteren auch dann nach § 138 nichtig, wenn der eine Elternteil sich erst gegen das Versprechen des anderen, ihn nicht wegen einer strafbaren Handlung anzuzeigen, schließlich mit diesem geeinigt hat.[1)]

Sittenwidrig sind nicht zuletzt elterliche Einigungen, in denen die Eltern in grober Weise bewußt das Wohl des Kindes eigenen Interessen unterordnen.

Beispiele: Die Eltern kommen überein, das Kind zu Diebstählen oder zur gewerbsmäßigen Unzucht anzuhalten, um daraus Nutzen zu ziehen.
Sie vereinbaren, das Kind entgegen dessen erkennbaren Neigungen und Begabungen einen Beruf erlernen zu lassen, der den Fähigkeiten des Kindes Gewalt antut, um sich nicht durch die sonst höheren Ausbildungskosten in ihren hohen Ansprüchen einschränken zu müssen.

Ergebnis: Für die Gültigkeit rechtsgeschäftlicher elterlicher Einigungen ist nur beschränkte Geschäftsfähigkeit der Eltern erforderlich, soweit sie nicht die Vertretung des Kindes oder dessen Vermögenssorge betreffen.
Sie enden ipso iure mit dem Tod eines Elternteils. Sie enden auch, wenn einem Elternteil die elterliche Gewalt nicht mehr "zusteht" oder ihm auf dem die Einigung betreffenden Teilgebiet entzogen worden ist.
Eine Vertretung im Willen, insbesondere etwa durch den gesetzlichen Vertreter der Ehefrau, ist bei elterlichen Einigungen unzulässig. Gegen Bedingungen und Befristungen bestehen keine Bedenken.

- - - - - - - - - -

1) RG. 30.5.1904 JW 1904, 404, Nr. 5, das zwar den Fall einer Verkehrsvereinbarung betrifft, aber auch in anderen Fällen elterlicher Einigungen denkbar ist, etwa im Rahmen der §§ 1671, 1672

Die elterliche Gewalt ist unverzichtbar. Ihre Übertragung (auch die einzelner Bestandteile) der Substanz nach ist nach § 134 nichtig. In der Regel werden aber solche elterlichen Einigungen nicht als substantielle Übertragungen der elterlichen Gewalt, sondern als ihre Übertragung der Ausübung nach aufzufassen sein.
Zu unterscheiden davon sind jedoch die elterlichen Spezialeinigungen, d.h. die Einigungen der Eltern über jeweils bestimmte, überschaubare und in der Einigung abschliessend geregelte Lebenssachverhalte.
Elterliche Einigungen können auch nach § 138 nichtig sein, insbesondere wenn sie in kausalem Zusammenhang zu Geld oder Geldeswert stehen oder bewußt das Wohl des Kindes grob mißachten.

Die Bindung der Eltern an rechtsgeschäftliche Einigungen.

§ 7

1. Die Frage nach der Widerstandsfähigkeit oder Bindung eines Rechtsgeschäfts stellt sich natürlich nur für die von der Rechtsordnung gebilligten, d.h. rechtswirksamen elterlichen Einigungen.

   Die erste im vorstehenden Abschnitt behandelte Kategorie elterlicher Einigungen, die wegen Verstoßes gegen § 134 nichtig ist, scheidet daher aus dieser Betrachtung aus.

   Von Interesse ist die Frage nach der Bindungswirkung nur für die restlichen Gruppen elterlicher Einigungen, nämlich die Ausübungsüberlassungen, worunter hier alle zeitlich wie sachlich umfassenden, über die Regelung eines Einzelfalles elterlicher Gewaltausübung hinausgehenden Einigungen verstanden werden, zum anderen den elterlichen Konsens über einen bestimmten, konkreten Lebenssachverhalt, die Einigung von Fall zu Fall.

2. Es wurde bereits betont,[1] daß die rechtsgeschäftlichen elterlichen Einigungen - wenn auch in Anbetracht des besonders strukturierten Familienrechts zum Teil modifiziert[2] - den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte unterliegen.

So gelten für sie zunächst grundsätzlich die gleichen Endigungsgründe wie für sonstige Rechtsgeschäfte. Sie können einverständlich geändert und aufgehoben werden.

Daneben besteht für einseitige Lösungsbegehren eines Elternteils die allgemeine Möglichkeit, "Mängel im Gefüge"[3] der Einigungen (Irrtum, Drohung, arglistige Täuschung, Wegfall der Geschäftsgrundlage[4]) geltend zu machen.[5]

Mit der Aufzählung dieser allgemeinen Endigungsgründe ist aber die Frage nach der Bindungswirkung rechtsgeschäftlicher elterlicher Einigungen nicht vollends beantwortet. Sie wäre dies nur, ließen sich die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte nicht nur, wie betont, modifiziert, sondern vorbehaltlos auf den

- - - - - - - - - -

1) vgl. oben S.60

2) vgl. die in § 6 festgestellten Besonderheiten

3) Gernhuber LB. § 56 III 3, 613

4) OLG. Karlsruhe 4.8.1965 FamRZ. 1965, 575 ff.; OLG. Köln 10.4.1964 FamRZ. 1964, 524 (für den Fall einer Einigung nach § 1671 Abs. 2)

5) Im Zusammenhang mit der Einigung im Rahmen des § 1671 Abs. 2 ganz h.M.: BGH. 23.2.1951 BGHZ. 1, 214 (217); 29.6.1960 BGHZ. 33, 54; Gernhuber LB. § 56 III 2, 613; Soergel-Siebert-Lange § 1671 Rdz. 18; Erman-Ronke § 1671 A. 7; RGRK. (Meyer) § 1671 A. 54
Ebenso allgemein anerkannt ist dies für Einigungen i.S. des § 1 RKEG., wenn diese Möglichkeit auch wegen der jederzeitigen Widerruflichkeit nur von geringer praktischer Bedeutung ist.

rechtsgeschäftlichen elterlichen Konsens anwenden. Dann nämlich könnte gesagt werden, daß es über die oben genannten Aufhebungsakte hinaus keine weiteren einseitigen rechtsgeschäftlichen Endigungsgründe gibt.

Das hätte zur Folge, daß der elterliche Konsens, soweit nicht einer der allgemeinen Lösungsmöglichkeiten gegeben wäre, grundsätzlich schlechthin und für alle Zukunft bindend wäre.

Hier melden sich sogleich Bedenken, ob eine solche dem Vermögens- und Schuldrecht angehörende starre Bindungswirkung der personenrechtlichen Bedeutung der elterlichen Einigung gerecht würde.

Für die weitere Prüfung dieser Frage soll zwischen den elterlichen Einigungen, die eine Ausübungsüberlassung enthalten, und solchen Einigungen, die einen Konsens über eine spezielle, abschließend geregelte Angelegenheit darstellen, unterschieden werden.

3. Für die Fälle rechtsgeschäftlicher Ausübungsüberlassung der elterlichen Gewalt oder einzelner ihrer Bestandteile ergeben sich Bedenken gegen eine unbedingte und in alle Zukunft wirkende Bindung unter dem Gesichtspunkt des Pflichtcharakters und des daraus folgenden Grundsatzes der Unverzichtbarkeit elterlicher Gewalt.

Die Pflichtgebundenheit der elterlichen Rechte führte in den Erörterungen auf S. 69 ff. zu dem unbestrittenen Ergebnis, daß die elterliche Gewalt ihrer Substanz nach nicht übertragbar ist. In diesem Zusammenhang war bereits angedeutet worden, daß die zwar zulässige Ausübungsüberlassung der elterlichen Gewalt nicht so gestaltet sein darf, daß der überlassende Elternteil für alle Zukunft von der Ausübung seiner elterlichen Befugnisse ausgeschlossen ist. Ließe man eine solche

dauernde, bindende Übertragung der elterlichen Gewalt ihrer Ausübung nach zu, so läge darin - versteckt in dem formalen Gewand bloßer Ausübungsüberlassung - nichts anderes als eine Übertragung der elterlichen Gewalt "quoad substantiam". Materiell besteht nämlich kein Unterschied zwischen der Übertragung eines Rechts seiner Substanz nach und seiner dauernden Übertragung der Ausübung nach. Was nützte die dann begriffsjuristische Konstruktion, daß der die Ausübung des Rechts Überlassende zwar Inhaber des Rechts bleibe, wenn er dieses nicht mehr ausüben kann ?

Die Zulassung einer bindenden, in alle Zukunft wirkenden Ausübungsüberlassung wäre nur ein Versuch, das Verbot der substantiellen Übertragung elterlicher Gewalt zu umgehen. Soll die allgemein anerkannte Unterscheidung zwischen der verbotenen substantiellen Übertragung der elterlichen Gewalt und ihrer erlaubten Überlassung der Ausübung nach nicht nur ein Spiel mit Worten, sondern von materiellem Wert sein, so wohnt der Anerkennung der Übertragung elterlicher Gewalt der Ausübung nach bereits begrifflich die zeitliche Beschränkung inne.

4. Man könnte noch einwenden, daß in einer dauernden Ausübungsüberlassung deshalb kein substantieller Verzicht auf die elterliche Gewalt gesehen werden könne, weil der "überlassende" Elternteil eben nicht auf die weitere Mitwirkung und Ausübung der elterlichen Gewalt verzichtet habe, sondern in dem entsprechenden Konsens mit dem anderen Elternteil nur sein vorwegerklärtes Einverständnis zu allen jeweils erforderlich werdenden erzieherischen Entscheidungen bezüglich des Kindes liege und alle künftigen Maßnahmen des allein handelnden Elternteils in diesem vorwegerklärten "Blanko-Einverständnis" ihre Rechtfertigung fänden.

Mit dieser Begründung läßt sich aber ebensowenig der in Wahrheit in solchen in die Zukunft wirkenden Blankoeinigungen liegende substantielle Verzicht auf die elterliche Gewalt verdecken. Eine solche Blankoeinigung wäre eine dauernde Beschränkung des Inhalts der elterlichen Gewalt des überlassenden Elternteils und hinderte ihn, seiner unverkürzbaren elterlichen Befugnis gemäß kraft der ihm auferlegten Erziehungspflicht jederzeit die Erziehung des Kindes wieder mitzubestimmen.

Die notwendige Folge ist daher, daß die der Ausübungsüberlassung bereits begrifflich innewohnende zeitliche Beschränkung in der Anerkennung eines jederzeit möglichen, freien Widerrufsrechts solcher elterlicher Blanko- oder Generaleinigungen zum Ausdruck kommt.[1)]
Diese Auffassung wird auch in Lehre und Rechtsprechung fast durchweg vertreten.[2) 3)]

- - - - - - - - - -

1) Ob und inwieweit bereits aus dem Rechtsgedanken der §§ 1 Satz 2,4 RKEG. folgt, daß elterliche Einigungen keinen bindenden Charakter haben (so Staudinger-Donau § 1627 Rdz. 19 c), wird unten im Zusammenhang mit der Frage nach der Bindungswirkung elterlicher Einigungen über eine einzelne, spezielle Angelegenheit elterlicher Gewaltausübung erörtert; vgl. unten S. 108 ff.

2) André, Erziehungsverträge, 35; Danziger, Diss., 33 ff.; Boehmer, Einführung, 151; Cohn, Gleichberechtigung, insbes. S.29; Creifeld JR. 1950, 449; Gimmerthal AcP. 104,388 ff.; Gernhuber LB. § 49 II 1,503; Lange NJW 1961, 1890; Lehmann FamR. § 20 IV 3,142; Opet- v. Blume § 1635 A. 6; RGRK. (Scheffler) § 1627 A. 13; Soergel-Siebert-Lange § 1627 Rdz. 4 u. § 1628 Rdz.9; Siebert-Vogel § 1627 A.2; Staudinger-Donau § 1627 Rdz. 17-19; RG.3.6.1935 JW 1935,2896; 25.5.1925 JW 1925, 2115; 18.5.1940 HRR.1940 Nr. 1105; KG.25.4.1941 JFG. 22, 271 (274); OLG München 1.8.1941 DRW. 1942, 525; 21.9.1935 HRR. 1936 Nr. 263

3) Zu Unrecht wird eine solche jederzeit widerrufliche Vereinbarung als "unvollkommene Verbindlichkeit" bezeichnet (RG. 25.5.1925 JW 1925, 2115; 3.6.1935 JW 1935, 2896; Erman-Seiler § 1631 A.1 c; Palandt-Lauterbach § 1626 A.3). Darunter versteht man zu Recht Verbindlichkeiten, deren Durchsetzbarkeit (Klage sowie infolgedessen Zwangsvollstreckung) versagt ist, Enneccerus-Lehmann § 3 II, 14. Die jederzeitige Widerruflichkeit bedeutet aber nicht Ausschluß der Durchsetzbarkeit, sondern die noch weitergehende Möglichkeit des Schuldners, einseitig durch Erklärung des Widerrufs das gesamte Rechtsverhältnis zu beseitigen. Bis zum Widerruf dagegen ist die Verbindlichkeit eine "vollkommene"; nach Erklärung des Widerrufs ist nicht eine "unvollkommene", sondern überhaupt keine Verbindlichkeit mehr vorhanden; vgl. auch die Ausführungen auf S. 161

5. Diese Auffassung ist nicht unwidersprochen geblieben. Die dagegen vorgebrachten Gründe sind durchaus ernst zu nehmen, so daß eine Auseinandersetzung mit ihnen angebracht erscheint.

Zunächst seien die Einwände Heußner's[1] erörtert. Zwar nur im Zusammenhang mit der elterlichen Einigung nach § 1 RKEG. vertritt er die Auffassung, daß das darin verankerte freie Widerrufsrecht mit Art. 6 Abs. 2 GG nicht vereinbar sei. Wenn er auch nur die elterliche Einigung auf diesem Sektor elterlicher Gewaltausübung behandelt, so ist doch seiner in diesem Zusammenhang geäußerten Meinung zu entnehmen, daß er auch und gerade auf anderen Bereichen elterlicher Gewalt ein freies Widerrufsrecht elterlicher Einigungen für unzulässig hält, in den anderen Bereichen um so eher, als dort nämlich nicht die freie Widerruflichkeit wie in § 1 RKEG. ausdrücklich verankert ist. Er argumentiert: Wenn Pflege und Erziehung "zuvörderst" nicht nur Recht, sondern auch den Eltern obliegende Pflicht sei, das Vormundschaftsgericht nur ein "Wächteramt" ausüben und "an letzter Stelle" zur Entscheidung bereit stehen solle, falls keine Einigung der Eltern zustandekomme, dann sei es mit dieser Pflicht und dem in Art. 6 Abs. 2 GG festgelegten Subsidiaritätprinzip unvereinbar, daß sich ein Elternteil von einer getroffenen Einigung lossagen könne, um durch Einschaltung des Staates zu versuchen, eine ihm genehmere Entscheidung zu erreichen. Nur auf diese Weise werde man dem Anliegen der Verfassung gerecht, die Institution der Ehe und Familie weitestgehend von Einflüssen des Staates freizuhalten, ohne dabei von einem Höchstmaß an Gleichberechtigung beider Elternteile absehen zu müssen.

Wenn es auch auf den ersten Blick scheint, so liegt in dieser Auffassung Heußners kein Widerspruch zu der

- - - - - - - - - -

1) FamRZ. 1960, 6 ff. (9)

hier vertretenen Meinung, elterliche Blanko- oder Pauschaleinigungen seien jederzeit frei widerruflich. Heußners Ausführungen können nicht so interpretiert werden, als bejahe er eine Bindung der Eltern an Einigungen schlechthin. Zu diesem Ergebnis kommt er bei der Untersuchung der elterlichen Einigung über die Religion des Kindes, einer Einigung also über eine konkrete, abschließend zu entscheidende Frage elterlicher Gewaltausübung, über einen überschaubaren Lebenssachverhalt. Diese Einigung ist gerade nicht pauschaler, genereller Natur. Über die Bindungswirkung solcher elterlicher Einigungen hat daher Heußner keine Aussage getroffen.

In den Fällen elterlicher Pauschaleinigungen läßt sich aus Art. 6 Abs. 2 GG, selbst wenn man sich dabei Heußners Gedankengang zu eigen machte, keine Bindungswirkung ableiten. Täte man dies, so hätte das, wie oben näher ausgeführt, die Anerkennung eines mehr oder weniger umfassenden Verzichts auf die elterliche Gewalt zur Folge. Das bedeutete, den Grundsatz der Subsidiarität über den der Unverzichtbarkeit elterlicher Gewalt zu stellen. So aber kann der Verfassungsgeber nicht interpretiert werden, als habe er mit der Verankerung des Subsidiaritätsgrundsatzes das ebenfalls von ihm anerkannte Prinzip der Unverzichtbarkeit elterlicher Gewalt abwerten wollen. Dieses ist im Verhältnis zu jenem das absolut höherrangige.

Auch die Vertreter, die ausdrücklich zur Bindungswirkung elterlicher Pauschaleinigungen Stellung nehmen und ein jederzeitiges Widerrufsrecht ablehnen, sind sich darin einig, daß eine bedingungslose, schuldrechtliche Bindung dem personenrechtlichen Charakter dieser Vereinbarungen nicht gerecht wird. Sie versuchen daher, dieses Problem mit einem beschränkten Widerrufsrecht zu lösen.

So meint Erman-Ronke[1] im Zusammenhang mit den zwischen den Eltern vorgenommenen Aufgabenteilungen, daß ein Widerruf nur aus begründetem Anlaß zulässig sei. Eine freie, jederzeit mögliche Widerruflichkeit sei zu weitgehend. Ebenso verlangt Palandt-Lauterbach[2] die Begründetheit des Widerrufs elterlicher Aufgabenteilungen und verweist zur Begründung auf § 1627 Satz 2.

Das von Erman-Ronke gebildete Beispiel für die Begründetheit eines elterlichen Widerrufs, der Mißbrauch der dem Elternteil durch die Aufgabenteilung eingeräumten Befugnis, macht indes klar, daß Erman-Ronke und auch Palandt-Lauterbach im Prinzip für ein Widerrufsrecht zu sein scheinen, ein solches aber nur für den Fall "mißbräuchlichen" elterlichen Verhaltens für beachtlich halten.

So verstanden, unterscheiden sich diese beiden Auffassungen, wie weiter unten noch zu zeigen sein wird, insofern nicht in der Sache von der hier vertretenen Meinung freier Widerruflichkeit elterlicher Pauschaleinigungen, als auch sie a limine von der Zulässigkeit des Widerrufs ausgehen.

Einen ähnlichen konstruktiven Weg wie Erman-Ronke und Palandt-Lauterbach geht Gehring.[3]

Nach ihm ist in der Übertragung von Sorgerechten eine "an sich frei widerrufliche Ermächtigung"[4] des ande-

- - - - - - - - - -

1) § 1627 A. 1 c u. e sowie A. 2 b

2) § 1627 A. 1

3) Personensorge u. Vertrag S. 68 ff., wo Gehring zwar im wesentlichen die Wirksamkeit und Widerstandsfähigkeit von Ausübungsüberlassungen seitens des Vaters gegenüber Dritten behandelt, unter "Dritten" jedoch auch die nach damaligem Recht nur nebensorgeberechtigte Mutter versteht (insbes.S. 69), so daß seine dabei angestellten Erwägungen auch im Verhältnis eines Elternteils zum anderen Gültigkeit haben.

4) Über die Bedenklichkeit der Verwendung dieses Begriffs für familienrechtliche Vorgänge vgl. oben S. 73 Fußn. 2

ren Elternteils zu sehen.[1] Er erkennt an, daß für einen Widerruf der "Ermächtigung" oft ein sehr beachtliches Schutzbedürfnis des Kindes spreche. Was ihm jedoch bei der grundsätzlichen Anerkennung freier Widerruflichkeit mißfällt, ist, daß für diesen Fall nicht selten berechtigte Interessen der Gegenseite, des anderen Elternteils, nicht gebührend berücksichtigt würden, vor allem deshalb, weil dadurch die Autoritätsstellung des anderen Elternteils gestört würde und insbesondere die beabsichtigte Festigung in der Erziehung des Kindes gefährdet wäre.[2]

Er meint aber schließlich, daß die Unwiderruflichkeit der "Ermächtigung" dann entfallen müsse, wenn die Unterlassung des Widerrufs einen Mißbrauch der elterlichen Gewalt enthielte und ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts zu rechtfertigen im Stande wäre. Ein solcher Sachverhalt sei dann ein "wich-

- - - - - - - - - -

1) Seine zunächst über das Verhältnis Vater-Dritten angestellten Überlegungen hält er auf das Verhältnis Vater-Mutter für übertragbar. Bei der damaligen quasi-alleinväterlichen Struktur der elterlichen Gewalt stand die Mutter dem Vater gegenüber praktisch nicht anders da wie jeder Dritte auch.

2) Letzteren Gesichtspunkt vertritt mit Nachdruck auch Bänninger, Verträge zwischen Ehegatten, 188: "Die vertragliche Gestaltung der Elternrechte kann die Stetigkeit nur verbürgen, wenn beide Elternteile gleichermaßen an die Verpflichtung gebunden sind".
Vgl. auch Hübner, Gleichberechtigung, 75, der die Übertragung der Vermögensverwaltung auf den anderen Elternteil "um der Stetigkeit der Verwaltung willen" nur aus wichtigem Grund für widerruflich hält.
Eine Einschränkung der grundsätzlich auch von ihm anerkannten freien Widerruflichkeit elterlicher Ausübungsüberlassungen macht André, Erziehungsverträge, 32, allerdings nur für den Fall, daß ein solcher Vertrag auf eine bestimmte kürzere Zeit oder für die Dauer des Scheidungsprozesses geschlossen ist. Hier sei für die Aufhebung des Vertrages das Vorliegen eines wichtigen Grundes erforderlich, da "dies im Interesse einer ruhigen Erziehung der Kinder liegt und weder dem Wesen der elterlichen Gewalt noch den Anschauungen unseres Volkes widerspricht."

tiger Grund", der stets zum Widerruf der "Ermächtigung" berechtige. Sollte die Widerruflichkeit auch für diesen Fall ausgeschlossen sein, so wäre dies allerdings ein unzulässiger Verzicht auf die elterliche Gewalt.
Unter ähnlichen Voraussetzungen läßt Bänninger[1] einen Rücktritt der Eltern von solchen Vereinbarungen zu, nämlich dann, "wenn ihnen die Einhaltung des Vertrages mit Rücksicht auf ihre Elternpflichten nicht mehr zumutbar oder möglich ist". Diese clausula rebus sic stantibus wohne daher von Gesetzes wegen dem rechtsgültigen Vertrag inne.

Gehring (a.a.O., 84) führt zur Begründung seiner Auffassung weitgehender Bindungswirkung elterlicher Ausübungsüberlassungen noch einen Gesichtspunkt an, den er zwar insbesondere im Rahmen der Beziehungen Eltern-Dritte, d.h. Eltern-Pflegeeltern, behandelt, der sich aber auch entsprechend auf das Verhältnis der Eltern untereinander übertragen läßt und darum hier kurz widergegeben sei. Die gleichen Erwägungen, die nämlich nicht selten eine gewisse Bindung der Eltern an Absprachen mit Dritten im Interesse des Kindes wünschenswert erscheinen lassen, sind durchaus geeignet, auch bezüglich der Absprachen der Eltern untereinander die Möglichkeit zu erwägen, auch diese Absprachen mit einer gewissen Bindungswirkung zu versehen. Es ist der bereits oben wiederholt angeklungene Gedanke, daß die für die Kindererziehung so notwendige Stetigkeit der Verhältnisse durch einen jederzeitigen, unbegründeten Widerruf der Vereinbarung stark gefährdet und der Willkür der Eltern unterworfen wäre.

- - - - - - - - - -

1) Verträge zwischen Ehegatten, 189; so auch Knitschky, Eltern-Kinder, 157, der Verträge der Eltern über die Erziehung ihrer Kinder als verbindlich gelten läßt, "wenn nicht ein überwiegendes Interesse der Kinder von der Vereinbarung abzugehen gebietet".

In der Tat wird seit jeher von der Praxis der Jugendhilfe bedauert, daß die Rechtsprechung an dem Standpunkt freier Widerruflichkeit von Überlassungsverträgen, vor allem des Pflegekindschaftsvertrages, festgehalten hat.[1] Es muß zugegeben werden, daß es nur allzu häufig vorkommt, daß die leiblichen Eltern das Kind ohne triftigen Grund aus der Pflegestelle, in der es sich wohlfühlt, herausreißen. Es wird auch nicht verkannt, daß ein solch unzeitiger Personenwechsel in der erzieherischen Betreuung für das in der Entwicklung befindliche Kind Schwierigkeiten zur Folge hat, die oft das bisher Erreichte in Frage stellen. Oft werden diese Kinder mit der von ihnen verlangten Umstellung nur schwer fertig oder entwickeln eine Anpassungsfähigkeit, die wegen ihrer Bindungslosigkeit bleibende Schäden zur Folge haben kann.

Wiederholt ist daher dafür plädiert worden, de lege ferenda einen Dauerpflegevertrag oder zumindest einen Pflegevertrag mit längeren Kündigungsfristen zuzulassen.[2] Dies wäre aber nur in der Weise möglich, daß die elterliche Gewalt durch den Abschluß des Pflegevertrages derart beeinträchtigt würde, daß die Eltern für die Dauer des Pflegevertrages die Ausübung des Sorgerechts verlören und diese auf die Pflegeeltern überginge.[3]

- - - - - - - - - -

1) Riedel § 27 JWG. Rdz. 7, 309: "Wird das Einverständnis der Personenberechtigten zurückgezogen, so muß das Pflegeverhältnis beendet werden".

2) vgl. dazu insbes. Zimmermann ZBlJugR 1954, 288 ff. u. 319 ff.

3) In einem Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder und die Annahme an Kindes statt (abgedruckt im ZBlJugR. Jg. 17, 175 ff.) war hinter § 1772 BGB ein neuer Titel "Pflegekindschaft" vorgesehen. Danach sollten die Eltern die Möglichkeit haben, die Sorge für ihr Kind auf bestimmte Zeit auf einen Dritten zu übertragen. Mit der Genehmigung dieses Vertrages durch das Vormundschaftsgericht verloren die Eltern insoweit das Sorgerecht, und der Dritte erwarb es (§ 1772 d). Bis zum Ablauf des Vertrages konnten die Pflegeeltern vor den Eltern nun sicher sein.

So verständlich aber diese Bemühungen sind, den Grundsatz der freien Widerruflichkeit elterlicher Pauschaleinigungen einzuschränken oder gar eine generelle Bindungswirkung solcher Vereinbarungen anzunehmen, so sehr dies auch oft den Kindesinteressen dienlich wäre, so wenig sind die wohlgemeinten Versuche geeignet, den Grundsatz der freien Widerruflichkeit zu erschüttern. Dies folgt, wie bereits erwähnt, zwingend aus dem Pflichtcharakter der elterlichen Gewalt und ihrer sich daraus ergebenden Unverzichtbarkeit. Sobald der pauschale Befugnisse überlassende Elternteil will, muß er den entsprechenden Konsens widerrufen und die Erziehung wieder mitbestimmen können. Es kann sogar seine Pflicht sein, wenn etwa in der Person des anderen Elternteils Umstände eintreten, die das Kind gefährden. Dies ist aber auch sein Recht, ohne daß er für den Widerruf eine Begründung zu geben brauchte. Ihm steht nach wie vor die elterliche Gewalt der Substanz nach zu. Sobald er sie wieder ausüben will, werden die von dem anderen Elternteil allein getroffenen Maßnahmen mit dem Augenblick, wo er diese Absicht zu erkennen gibt, ihm gegenüber pflichtwidrig.

Eine Bindung der Eltern an Pauschal- und Blankoeinigungen ist daher mit dem Wesen der elterlichen Gewalt nicht vereinbar.[1) 2)] Dies gilt auch für eine "beschränkte" Bindung. Jedem Elternteil muß es jeder-

- - - - - - - - - -

1) Danziger, Diss., 38: "Der jederzeitige Widerruf ist nach dem Geist des geltenden Rechts eine absolute Notwendigkeit".

2) Daran mußten auch die Versuche scheitern, durch Einschaltung des Vormundschaftsgerichts solchen elterlichen Vereinbarungen bindenden Charakter zu verleihen. Vgl. zu diesem Vorschlag Munk JW 1925, 309

zeit und nicht erst unter gewissen Voraussetzungen offenstehen, seiner veränderten Ansicht auf dem Komplex der Kindererziehung, der zu dem "Ressort" seines Ehegatten gehört, wieder Geltung zu verschaffen.

6. Die Anerkennung des Grundsatzes der jederzeitigen, freien Widerruflichkeit elterlicher Pauschaleinigungen bedeutet nicht, daß damit jede Möglichkeit fehlt, im Falle, wo es nicht nur zweckmäßig, sondern im Interesse des Kindes dringend notwendig erscheint, den durch einen solchen elterlichen Konsens geschaffenen Zustand aufrecht zu erhalten.

Einmal kann dem Widerruf gegebenenfalls mit dem Einwand begegnet werden, mit ihm werde die Absicht verfolgt, unter Mißbrauch der elterlichen Gewalt den anderen Elternteil zu schädigen oder zu kränken (§ 226).[1] Es muß aber gesagt werden, daß dieser Einwand nur einen sehr unvollkommenen Schutz gegen mißbräuchliche Widerrufe gibt. Nur in seltenen Fällen wird der Nachweis gelingen, daß der Widerrufende ausschließlich Schädigungszwecke verfolgen will.

Widersprechen könnte der betroffene Elternteil einem Widerruf auch dann, wenn durch diesen das Wohl des Kindes gefährdet würde. Regelmäßig liegt in einem Widerruf mit solch nachteiligen Folgen für das Kind auch ein Mißbrauch des Personensorgerechts

- - - - - - - - - - -

1) Staudinger-Donau § 1627 Rdz. 19; RGRK. (Scheffler) § 1627 A. 13; Lücken, Diss., 49; Gehring, Personensorge und Vertrag, 89. A.A. Danziger, Diss., 38/39, der die Anwendbarkeit des § 226 ausschließt, weil es dem Wesen der Personensorge widersprechen würde, zu untersuchen, ob der widerrufende Elternteil aus Schikane handelt.

durch den Widerrufenden (§ 1666 Abs. 1 S. 1). Es war festgelegt worden, wer das Kind erzieht, seinen Aufenthalt bestimmt, gewisse Entscheidungen fällt, es vertritt. Die Störung dieses Zustandes kann ein Mißbrauch der elterlichen Gewalt im Sinne des § 1666 Abs. 1 S. 1 sein.

Ist dies zu bejahen und führt der mißbräuchliche Widerruf des betreffenden Elternteils zu einer begründeten, gegenwärtigen Besorgnis der Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes, so endet das an sich freie Widerrufsrecht dort, wo der Mißbrauch der elterlichen Gewalt und die Gefährdung des Kindeswohls beginnen.
Es darf dabei aber nicht übersehen werden, daß der bloße willkürliche Widerruf der Einigung nicht genügt, um diese Bestimmung für anwendbar zu erklären. Das hieße, die Einigung zwar für jederzeit frei widerruflich zu halten, im Augenblick der Wahrnehmung dieses Rechts aber den widerrufenden Ehegatten mit der schweren Sanktion des § 1666 zu bedrohen.

Wann ein solcher mißbräuchlicher Widerruf vorliegt, läßt sich nicht für alle Fälle im voraus sagen. Jeder konkrete Fall bedarf einer Prüfung unter den von Lehre und Rechtsprechung erarbeiteten Gesichtspunkten für das Vorliegen des Tatbestandes des § 1666 Abs. 1 S. 1.[1] Ist dies der Fall, so

---

1) Das von der h.L. und nahezu gesamten Rechtsprechung für das Vorliegen des § 1666 geforderte "schuldhafte" Verhalten der Eltern bzw. des Elternteils (a.A. insbes. Staudinger-Göppinger § 1666 Rdz. 194) wird in Fällen vorliegender Art wohl meist darin zu finden sein, daß dem die Einigung widerrufenden Elternteil "Uneinsichtigkeit und Unbelehrbarkeit" vorzuwerfen ist (BGH. 14.7.1956 FamRZ. 1956, 350; OLG Stuttgart 24.4.1925 JFG. 3, 47; Erman-Ronke § 1666 A. 2 d).

kann der betroffene Elternteil das Vormundschaftsgericht[1] anrufen, das ihm dann die elterlichen Befugnisse soweit zur alleinigen Ausübung übertragen wird, daß er den durch die Einigung geschaffenen Zustand trotz des Widerrufs seitens des anderen Ehegatten aufrecht erhalten kann.[2] [3]

Eine weitere Möglichkeit, die frei widerrufliche elterliche General- oder Pauschaleinigung gegen unbegründete Widerrufe zu schützen, hat das Reichsgericht in einer viel umstrittenen Entscheidung aufgezeigt.[4] Es stellt darin fest, daß ein Mißbrauch der elterlichen Gewalt in einem untrennbaren Zusammenhang mit einem Mißbrauch ehelicher Rechte stehen könne (§ 1353 Abs. 2). Dieser Satz beruht auf der Erkenntnis, daß die Erziehung und Pflege des Kindes zu den das gemeinsame eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten gehören.[5] Doch selbst wenn man der Meinung sein sollte, daß die Ausübung elterlicher Gewalt keine das gemeinsame eheliche Leben betreffende Angelegenheit ist, so läßt sich wohl nicht leugnen, daß das Verhalten eines Ehegatten ein Mißbrauch

- - - - - - - - - -

1) Insoweit wird bereits hier auf die Ausführungen in § 10 (S. 152 ff.) vorgegriffen, daß zur Entscheidung elterlicher Meinungsverschiedenheiten das Vormundschaftsgericht zuständig ist.
2) Staudinger-Donau § 1627 Rdz. 23; RGRK. (Scheffler) § 1627 A.4
3) Zu Recht weist Danziger, Diss., 43 die Auffassung von Opet - v. Blume § 1632 A. 2 c zurück, der Mißbrauch elterlicher Gewalt könne dem widerrufenden Elternteil ohne Anrufung des Vormundschaftsgerichts einfach entgegengehalten werden. Nur das Vormundschaftsgericht ist für die Entscheidung zuständig, ob im konkreten Fall ein Mißbrauch elterlicher Gewalt vorliegt. Der vom mißbräuchlichen Widerrunf betroffene Elternteil darf solange nicht die der Einigung zugrundeliegende Frage allein entscheiden, als das Gericht nicht entschieden hat.
4) RG. 26.10.1903 RGZ. 55, 419 ff. Die inzwischen eingetretene Gesetzesänderung (Wegfall des § 1354 und Neufassung des § 1353) hat auf die Weitergeltung der vom Reichsgericht entwickelten Grundsätze keinen Einfluß.
5) RG. 26.10.1903 RGZ. 55, 421; Beitzke Stb. § 11 II 2, 46; Dölle I § 34 III 1, 405; Lehmann FamR. § 11 II 1, 60. A.A. Opet - v. Blume § 1634 A. 7.

in dem eben beschriebenen, doppelten Sinn sein kann. Liegt in einem grundlosen Widerruf einer Einigung im konkreten Fall ein Mißbrauch ehelicher Rechte, so kann dies dem Widerrufenden wirksam entgegengehalten und somit an der weiter bestehenden Einigung festgehalten werden, ohne daß, wie im Fall des § 1666, ein schuldhaftes Verhalten des widerrufenden Elternteils gegeben sein muß.[1) 2)]

Abschließend ist folgendes zu sagen:

Die grundsätzlich freie Widerruflichkeit elterlicher Pauschal- oder Blankoeinigungen kann nur in den genannten Fällen der §§ 226, 1666 Abs. 1 S. 1, 1353 Abs. 2 beschränkt werden. Allzu sicher ist dieser Schutz aber nicht. Nur zu leicht bietet das jederzeitige Widerrufsrecht die Möglichkeit, durch Nachschieben oder Vorschützen anderer Motive, den ursprünglich schikanösen oder mißbräulichen Widerruf zu einem vielleicht unvernünftigen, aber nicht mehr mit einem solchen Vorwurf belasteten Verhalten zu machen. Einem Elternteil, der von einer solchen umfassenden Einigung los will, wird es nicht schwer fallen, seine schikanösen oder mißbräuchlichen Absichten zu kaschieren und so dem anderen Ehegatten die eben aufgezeigten Einwendungen abzuschneiden.

7. Das Ergebnis bezüglich der Bindungswirkung elterlicher Pauschaleinigungen, d.h. deren freie Widerruflichkeit, bedarf der Absicherung nach zwei Seiten. Seine Richtigkeit scheint durch die Behandlung zweier umfassender elterlicher Einigungen in Lehre und Recht

- - - - - - - - - -

1) Soergel-Siebert-Lange § 1353 Rdz. 33; Staudinger-Hübner § 1353 Rdz. 38

2) Stellt der Vormundschaftsrichter bei der Entscheidung einer elterlichen Meinungsverschiedenheit fest, daß sich der widerrufende Elternteil dadurch des Mißbrauchs ehelicher Rechte schuldig macht, so wird er dem an der Einigung festhaltenden Elternteil die Entscheidungsbefugnis in der umstrittenen Frage übertragen. Vgl. näheres zur Zuständigkeit und zum Verfahren des Vormundschaftsgerichts bei der Entscheidung elterlicher Meinungsverschiedenheiten S. 152 ff.

sprechung zweifelhaft zu sein. Der eine elterliche Konsens ist die dem "gemeinsamen Vorschlag" des § 1671 Abs. 2 vorangehende elterliche Einigung;[1] der andere betrifft das Übereinkommen der Eltern über das Verkehrsrecht (§ 1634).[2]

a. Im Gegensatz zu der hier vertretenen grundsätzlich freien und unbeschränkbaren Widerruflichkeit elterlicher Pauschaleinigungen vertritt die ganz h.M. im Falle der Einigung gemäß § 1671 Abs. 2 die Auffassung, daß es sich hierbei nicht nur durchweg um ein Rechtsgeschäft handele,[3] [4] sondern dieser elterliche Konsens für die Eltern auch - vorbehaltlich der Möglichkeit der Anfechtung - unwiderruflich bindend sei.[5]

- - - - - - - - - -

1) vgl. dazu oben S.24/25

2) vgl. oben S. 30 - 32

3) vgl. gegen diese pauschale Einstufung als Rechtsgeschäft oben S. 52/53

4) vgl. die oben auf S.53 in Fußn.1 zitierte Literatur.

5) Fast durchweg bejahen die Vertreter, die in dieser elterlichen Einigung ein Rechtsgeschäft erblicken, auch die grundsätzliche Bindung der Eltern an sie, vgl. dazu S.80 Fußn.5
Selbst Dölle (II § 97 III 2, 287), der der elterlichen Einigung im Rahmen des § 1671 Abs. 2 den rechtsgeschäftlichen Charakter abspricht, bejaht eine Bindung an sie.
Einschränkend Achilles-Greiff-Eggel § 74 EheG. u. OLG Schleswig 1.3.1951 JR. 1952, 406, die eine Bindung der Eltern erst von der Einreichung des Vorschlags an das Vormundschaftsgericht annehmen.
A.A. früher Erman-Ronke GlbG. § 1671 A. 7 sowie Erman-Seiler GlbG. § 1672 A. 3 a, die bis zur vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung jedem Elternteil ein unbeschränkt freies Widerrufsrecht gaben. Ebenso Riedel, Geschiedene Ehen, 26 u. OLG. Schleswig 29.4.1959 EJF. A. I f Nr. 20. Munzinger SJZ. 1949, 101 u. Krüger-Breetzke-Nowack § 1671 Rdz. 10 halten diese elterliche Einigung deshalb für frei widerruflich, weil sie den Vorschlag nur als einen "rein verfahrensmäßigen Vorgang" werten.

Die hier vertretene freie Widerruflichkeit elterlicher Generaleinigungen scheint nur von den Vertretern Recht zu bekommen, die in dieser umfassenden elterlichen Einigung ein stets frei widerrufliches Rechtsgeschäft sehen. Die Vertreter dieser Auffassung kommen zur freien Widerruflichkeit dieses elterlichen Konsenses mit der gleichen Begründung, wie sie dem hier erarbeiteten Grundsatz unbeschränkbarer Widerruflichkeit umfassender elterlicher Einigungen zugrundeliegt. Sie machen insoweit keinen Unterschied zwischen elterlichen Einigungen im Rahmen des § 1671 Abs. 2 und sonstigen elterlichen Pauschaleinigungen. Nach ihnen ist diese Einigung eine Erklärung besonderer Art, nämlich über ein an sich unverzichtbares Recht, das Elternrecht, über das normalerweise kein bindender Vertrag abgeschlossen werden könne. Wenn nun auf Grund des § 1671 Abs. 2 eine Vereinbarung der Eltern über die elterliche Gewalt als zulässig anerkannt werde, so müsse doch ihre Eigenart berücksichtigt werden, die darin bestehe, daß sie bis zur Entscheidung des Gerichts frei widerruflich sein müsse.[1)]

Diese Begründung scheint kaum widerlegbar und somit auch diese elterliche Einigung entgegen der herrschenden Meinung entsprechend der hier für umfassende elterliche Einigungen vertretenen Auffassung nicht unwiderruflich bindend zu sein.

Die Frage ist also, ob die herrschende Meinung unter Verstoß gegen den fundamentalen Satz der Unverzichtbarkeit elterlicher Gewalt eine Bindung der Eltern annimmt oder ob nicht etwa die Eigenart und Funktion dieser elterlichen Generaleinigung eine besondere Behandlung erfordert und ihr Ausnahmecharakter die grundsätzlich freie Widerruflichkeit

- - - - - - - - - -

1) Riedel, Geschiedene Ehen, 26; Erman-Seiler GlbG. § 1672 A. 3 a

elterlicher Generaleinigungen nicht in Frage stellt, sondern bestätigt.

Die herrschende Meinung begründet die Bindungswirkung elterlicher Einigungen im Rahmen des § 1671 Abs. 2 im wesentlichen wie folgt: Das Ehegesetz 46 (§ 74) und ihm folgend die §§ 1671, 1672 hätten einer Einigung der Eltern über das Sorgerecht bzw. die elterliche Gewalt[1] vor allem deshalb Bedeutung verliehen, weil für diesen elterlichen Akt trotz der Zerrüttung der Ehe die Vermutung sachrichtiger Regelung der elterlichen Gewalt spreche.[2] Außerdem sei diese Bedeutung der elterlichen Einigung darin begründet, daß in die Elternrechte möglichst wenig eingegriffen werden solle. Die grundsätzliche Anerkennung des Bestimmungsrechts der Eltern gestatte diesen "kontrollierten Dispositionsakt"[3] der Eltern über die elterliche Gewalt. Die jederzeitige Widerruflichkeit dieser elterlichen Einigung führe auch dazu, daß etwa ein Ehegatte dem anderen für dessen versprochenes Entgegenkommen bezüglich der Kinder Scheidungsvorteile gewähre (z.B. Nichtgeltendmachung gewisser Scheidungsgründe, Nichterhebung einer Widerklage, Zugeständnisse in Unterhaltsfragen sowie in Fragen der Hausratsverteilung, Nichtstellung des Antrags nach § 52 Abs. III EheG.), dieser aber nach rechtskräftiger Scheidung seine Einigung widerrufe, ohne damit aber seiner Vorteile verlustig zu gehen. Die Bindung der Eltern an ihre Einigung verhindere ein solches Erschleichen von Scheidungsvorteilen. Spräche man also einer solchen Einigung ihre bindende Wirkung ab, so wäre der Wert solcher im Rahmen des § 72 EheG. zulässigen Scheidungsabreden in Frage gestellt und der vom Gesetz beabsichtigte Zweck vereitelt.[4]

- - - - - - - - - -

1) Die §§ 1671, 1672 regeln im Gegensatz zu dem früheren § 74 EheG., der nur eine Regelung der Personensorge vorsah, die gesamte elterliche Gewalt
2) BGH. 23.2.1951 BGHZ. 1, 214 (216); BayObLG. FamRZ. 1964, 310; dagegen Gernhuber LB. § 56 III 1, 612
3) Gernhuber LB. § 56 III 1, 612
4) BGH 29.6.1960 FamRZ. 1960, 397 (398)

Sind diese für die Bindungswirkung der elterlichen Einigung im Rahmen des § 1671 Abs. 2 vorgetragenen Gründe auch beachtenswert, so scheint die Rechtfertigung dieser Bindungswirkung weniger in diesen mehr praktischen Gesichtspunkten, als vielmehr in folgender dogmatischer Überlegung zu liegen:

Die freie Widerruflichkeit elterlicher Generaleinigungen ist, wie wiederholt festgestellt, eine zwingende Folge des Pflichtcharakters elterlicher Gewalt. Einigen sich jedoch die Eltern nach § 1671 Abs. 2 darüber, wem die elterliche Gewalt über ihr Kind zustehen soll, so handeln sie nicht dem Grundsatz der Unverzichtbarkeit elterlicher Gewalt zuwider. Einmal gebietet die rechtliche Trennung der Eltern, d.h. die Scheidung, Aufhebung[1] oder Nichtigkeitserklärung[2] ihrer Ehe, einen Elternteil mit der alleinigen Ausübung der bisher beiden Elternteilen gemeinschaftlich zustehenden elterlichen Gewalt zu betrauen.[3] Diese Tatsache, daß der Gemeinsamkeit elterlicher Gewaltausübung die Grundlage, der rechtliche und tatsächliche Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft, entzogen ist und die gemeinschaftliche elterliche Gewalt demnächst enden muß, verhindert, in einer elterlichen Einigung nach § 1671 Abs. 2 einen Verstoß gegen den Grundsatz der Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt zu sehen. Zum anderen ist in einem solchen elterlichen Konsens vor allem aus folgendem Grund kein unzulässiger Verzicht auf die elterliche Gewalt zu erblicken: Der Gesetzgeber hat zwar den Eltern im Rahmen des § 1671 Abs. 2 maßgeblichen Einfluß auf die Gestaltung der elterlichen Gewalt nach ihrer Scheidung eingeräumt, im § 1671 Abs. 1 aber unzweideutig erklärt, daß darüber allein das Vormundschaftsgericht "bestimmt".

- - - - - - - - - -

1) Nach § 37 Abs. 1 EheG. bestimmt sich die Regelung der elterlichen Gewalt hinsichtlich der Kinder aus aufgehobenen Ehen nach § 1671

2) § 1671 Abs. VI

3) Entsprechendes gilt bei dauernder tatsächlicher Trennung der Eltern, wenn ein Elternteil dies beantragt, § 1672

Die Einigung der Eltern ist also nur regulativ, nicht konstitutiv[1]. Sie ist nur - wenn auch eine wesentliche - Grundlage für die gestaltende, sich an dem Wohl des Kindes orientierende Entscheidung des Vormundschaftsgerichts. So verstanden, "wohnt einer nach § 1671 Abs. 2 zwischen den Eltern getroffenen Vereinbarung kein Verzichtscharakter inne".[2]

Das bedeutet: Die elterliche Einigung nach § 1671 Abs. 2 ist zwar ein Konsens von generellem, ja die gesamte elterliche Gewalt umfassenden Charakter, aber mangels Verzichtscharakter unwiderruflich bindend.

b. Spricht nun die Verkehrsvereinbarung der Eltern nach § 1634 mit ihrer überwiegend angenommenen Bindungswirkung[3] gegen die hier vertretene Auf-

- - - - - - - - - -

1) Dölle II § 97 III 1, 286

2) RGRK. (Scheffler) § 1626 A. 11, wo allerdings diese Feststellung durch das Wort "kaum" abgeschwächt wird.

3) Dölle II § 98 II 2, 323; Erman-Ronke § 1634 A. 2 a; Palandt-Lauterbach § 1634 A. 2 u. 3; RGRK. (Meyer) § 1634 A. 6; Hoffmann-Stephan § 75 A. 4; v. Godin § 75 A. 8; Schnitzerling RdJ. 1961, 161; OLG. Karlsruhe 2.1.1959 FamRZ. 1959, 70 u. 11.4. 1957 ZBlJugR. 1957, 247; RG. 25.5.1925 JW 1925, 2115 m. zust. Anm. von Endemann; Staudinger-Schwoerer § 1634 Rdz. 44; Soergel-Siebert-Lange § 1634 Rdz. 14; OLG. Celle 28.6.1917 LZ. 1918, 336; Lohmann Gruch. 61, 22 (38).
A.A. Enneccerus-Kipp-Wolff § 87 a I b, 373 ("jederzeit frei widerruflich"); Landsberg DRiZ. 1915, 405 ("absolut nichtig"); Riedel, Geschiedene Ehen, 90 ("frei widerruflich").
Zumindest mißverständlich Gernhuber LB. § 53 III 5, 593, der jedem Elternteil nur dann das Recht gibt, eine Neuregelung zu fordern, wenn das Wohl des Kindes eine Änderung gebietet. Trotzdem schließt er sich in der Fußn. 2 auf der gleichen Seite "im Ergebnis" der Meinung von Riedel an.

fassung, daß elterliche Pauschaleinigungen frei widerruflich sein müßten ?

Darauf, daß die Einigung der Eltern im Rahmen des § 1634 richtigerweise nicht unter die vom Thema dieser Arbeit erfaßten Einigungen fällt, ist bereits hingewiesen worden.[1] Doch auch bei ihr handelt es sich um eine umfassende elterliche Einigung über ein ebenso wie die elterliche Gewalt unverzichtbares Recht,[2] das aus der blutsmäßigen Verbindung von Eltern und Kind hervorgehende, absolute, höchstpersönliche Verkehrsrecht. Aus diesem Grund gelten die Grundsätze, die für Einigungen in Ausübung der elterlichen Gewalt Anwendung finden, hier entsprechend.

Als Beteiligte einer Verkehrsvereinbarung nach § 1634 stehen sich der sorgeberechtigte und der nichtsorge-, aber verkehrsberechtigte Elternteil gegenüber.[3] Beide sind Träger unverzichtbarer Rechte, wobei die Verkehrsbefugnis eine gesetzliche Beschränkung des Sorgerechts darstellt.[4]

Aus diesen auf beiden Seiten vorhandenen unverzichtbaren Rechtspositionen ergibt sich zunächst folgendes:
Dem Verkehrsrecht steht zwar nicht wie den Rechten aus der elterlichen Gewalt eine korrespondierende Pflicht zur Seite; es besteht für den Verkehrsbe-

- - - - - - - - - - -

1) vgl. S. 30/31

2) Dölle II § 98 I 1, 320; Erman-Ronke § 1634 A. 1 b; Soergel-Siebert-Lange § 1634 Rdz. 2; Lücken, Diss., 20; Staudinger-Schwoerer § 1634 Rdz. 5

3) vgl. auch die auf S. 32 erwähnten Fälle elterlicher Einigungen, die wegen ihrer verwandten Interessenlage entsprechend § 1634 behandelt werden.

4) Soergel-Siebert-Lange § 1634 Rdz. 4; Staudinger-Schwoerer § 1634 Rdz. 11 und die dort zitierte Literatur.

rechtigten keine "Verkehrspflicht". Aber ebensowenig, wie ein Elternteil die Ausübung der elterlichen Gewalt in ihrer Gesamtheit oder in Ausschnitten dem anderen unwiderruflich überlassen, damit auf sie praktisch substantiell verzichten kann, kann auch der Verkehrsberechtigte - wenn auch unter formaler Aufrechterhaltung seiner Befugnis - mit dem Personensorgeberechtigten wirksam unwiderruflich vereinbaren, sein Verkehrsrecht nicht ausüben zu wollen.[1] Sonst bedeutete das einen Verstoß gegen den Grundsatz der Unverzichtbarkeit des Verkehrsrechts.

Frei widerruflich muß auch eine Verkehrsvereinbarung sein, in der wegen der Häufigkeit und Dauer des Verkehrs eine zeitweise Überlassung der Ausübung der Personensorge auf den verkehrsberechtigten Elternteil zu erblicken ist.[2]

Abgesehen von diesen beiden uncharakteristischen Fallgruppen von Verkehrsvereinbarungen[3] lassen sich keine Gesichtspunkte gegen ihre überwiegend angenommene Bindungswirkung aufführen.

Einmal sprechen auch die im Zusammenhang mit der elterlichen Einigung nach § 1671 Abs. 2 zur Begründung ihrer Bindungswirkung auf Seite 97 vorgetragenen Gründe für die grundsätzliche Unwiderruflichkeit der Verkehrsvereinbarung. Zum anderen gilt vor allem die dort getroffene maßgebliche Feststellung entsprechend auch hier, daß der Grundsatz der Unver-

---

1) Lücken (Diss.), 49

2) Lücken (Diss.), 48/49; Staudinger-Schwoerer § 1634 Rdz. 44; RG. 10.3.1938 JW. 1938, 1262 (1264)

3) "Ihr Charakter hat sich dadurch verschoben, daß entweder der Sorgeberechtigte oder der Verkehrsberechtigte in einem Umfang Nachgaben machen, daß im Ergebnis die Ausgangsstellung der Beteiligten verlassen wird", Lücken (Diss.), 47

zichtbarkeit des Verkehrsrechts eine widerrufliche Ausgestaltung der Verkehrsvereinbarung nicht erfordert. Der sorgeberechtigte Elternteil verzichtet nicht durch die rechtsgeschäftliche Gestaltung des Verkehrs mit dem verkehrsberechtigten Ehegatten auf die Ausübung elterlicher Gewalt, sondern regelt darin nur eine ihm vom Gesetz auferlegte und sein Sorgerecht einschränkende Duldungspflicht.

Daß in der Verkehrsvereinbarung seitens des Verkehrsberechtigten kein irgendwie gearteter Verzicht gesehen werden kann, sondern er vielmehr seine Befugnis mit dem Sorgerecht des anderen Ehegatten abstimmt, bedarf keiner weiteren Erörterung.[1]

Das bedeutet: Die Verkehrsvereinbarung bedarf zur Sicherung der Unverzichtbarkeit des Verkehrsrechts nicht der jederzeitigen Widerruflichkeit. Sie ist mangels Verzichtscharakter bindend.

c. Der Grundsatz der freien, unbeschränkbaren Widerruflichkeit elterlicher Pauschaleinigungen bedarf keiner Korrektur. Die beiden zur Überprüfung dieses Grundsatzes behandelten Fälle elter-

---

1) A.A. Enneccerus-Kipp-Wolff § 87 a I b, S. 373, Fußn. 45, da "die Vereinbarung auf einen Verzicht auf einen anderen als den vertragsmäßig festgesetzten Verkehr hinausläuft."
Ähnlich auch Riedel, Geschiedene Ehen, 90, der wegen der Unverzichtbarkeit des Verkehrsrechts die einseitige Widerruflichkeit jeglicher Verkehrsvereinbarungen für erforderlich hält und deshalb folgerichtig in jeder Verkehrsvereinbarung einen Verzicht erblicken muß.
Dabei wird aber verkannt, "daß es von dem Ermessen des Berechtigten abhängt, ob er überhaupt den Verkehr ausüben will, das Verkehrsrecht also keine Verkehrspflicht in sich schließt," Lücken (Diss.), 46, Fußn. 1

licher Pauschaleinigungen (§§ 1671 Abs. 2, 1634) sind die wohl einzigen Ausnahmen der aufgestellten Regel, denen trotz ihrer Pauschalität und Generalität kein Verzichtscharakter innewohnt und die daher nicht dem einseitigen Widerruf der Beteiligten unterliegen.

8. Von den elterlichen Pauschaleinigungen wurden die Spezialeinigungen geschieden, d.h. der abschliessende elterliche Konsens über einen konkreten Einzelfall elterlicher Gewaltausübung. Es war auch bereits festgestellt worden,[1] daß dieser rechtsgeschäftliche elterliche Konsens nicht unter dem Gesichtspunkt der Unverzichtbarkeit elterlicher Gewalt bedenklich ist.

a. Um dies an Hand von Beispielen noch einmal ganz klar zu machen, seien folgende zwei Fälle gebildet:

aa. Die Eltern vereinbaren, der Vater solle über die gesamte schulische Erziehung und Betreuung des Sohnes allein entscheiden dürfen.
Diese umfassende, pauschale elterliche Einigung auf einem Teilgebiet der elterlichen Gewalt gestattet nun dem Vater, sämtliche im Laufe der jahrelangen Schulausbildung des Sohnes erforderlich werdenden, zu Beginn dieser elterlichen Vereinbarung gar nicht zu überblicken gewesenen Einzelentscheidungen zu treffen. Er entscheidet zum Beispiel über Schulart, Teilnahme am Religionsunterricht und täglichen Morgengebet, Schulziel, Studienfahrten, Schulwechsel sowie über all die vielen kleineren, mit einem Schulbesuch fast täglich anfallenden Fragen. Die Mutter ist von diesen großen und kleinen Entscheidungen einverständlich ausgeschlossen und hat

- - - - - - - - - -

1) vgl. S. 76/77

daher in diesem Bereich die Priorität ihres Ehemannes zu achten.

Eine solche elterliche Einigung ist zwar wirksam, bedarf aber wegen ihrer Pauschalität und des sonst in ihr liegenden Verzichts auf die elterliche Gewalt in diesem wichtigen Teilbereich der Personensorge der jederzeitigen, freien Widerruflichkeit. Die der Mutter auch weiterhin obliegenden Fürsorgepflichten, die durch die elterliche Absprache unberührt geblieben sind, stellen es ihr frei, ihre diesen Pflichten korrespondierenden elterlichen Rechte wieder auszuüben.

bb. Die Eltern kommen nach Rücksprache mit dem Lehrer überein, ihren Sohn auf die höhere Schule zu schicken. Diese konkrete und abschließende Einzelentscheidung, die für beide Elternteile völlig überschaubar ist und keinem von ihnen in die Zukunft wirkende Alleinbefugnisse einräumt, stellt keinen Verzicht auf Bestandteile elterlicher Gewalt dar. Hier wird keine Priorität eines Elternteils begründet; hier formieren sich die beiden gleichstarken Elternrechte in einem gemeinsamen Beschluß. Die Eltern begeben sich hier nicht für die Zukunft irgendwelcher Rechte (weder der Substanz noch der Ausübung nach), sondern konkretisieren ihre elterliche Pflicht, über das weitere schulische Schicksal ihres Sohnes eine gemeinsame Entscheidung zu fällen.

Eine solche elterliche Spezialeinigung bedarf also - jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Unverzichtbarkeit elterlicher Gewalt - nicht eines freien, jederzeitigen Widerrufsrechtes. Insoweit widerspräche es nicht dem Wesen der elterlichen Gewalt, diese elterliche Einigung als rechtsverbindlich, nicht einseitig widerruflich zu betrachten.

b. Damit läßt sich aber die Frage nach der Bindungswirkung elterlicher Spezialeinigungen nicht ab-

schließen. Hatte der der elterlichen Gewalt wesenseigene Grundsatz ihrer Unverzichtbarkeit (über § 134) zur Nichtigkeit substantieller elterlicher Verfügungen sowie im Falle bloßer Ausübungsüberlassungen zu einem besonderen Endigungsgrund, zum Recht des freien Widerrufs rechtsgeschäftlicher elterlicher Einigungen geführt, so könnte folgender, verschiedentlich als allein dem Wesen elterlicher Gewaltausübung entsprechend bezeichneter Gesichtspunkt die Bindungswirkung elterlicher Spezialeinigungen wesentlich beeinflussen:
Der Gemeinschaftlichkeit der elterlichen Gewalt werde nur die Lösung gerecht, die jede Entscheidung der die elterliche Gewalt betreffenden Angelegenheit der "freien" Einigung der Eltern zuweise. Damit werde auf dem Weg weiter geschritten, der durch das Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15.7. 1921 eingeschlagen worden sei. Was auf dem Teilgebiet der elterlichen Gewalt in § 1 RKEG. bestimmt werde, sei auch für das ganze übrige Gebiet der elterlichen Gewalt die richtigste und zweckmäßigste Lösung.[1] So vertritt auch Staudinger-Donau[2] die Auffassung, es folge mittelbar aus dem Rechtsgedanken, der den §§ 1,4 RKEG. zugrundeliege, daß elterliche Abmachungen keinen bindenden Charakter haben könnten.

Wäre dies richtig, so entbehrten auch alle rechtsgeschäftlich gewollten elterlichen Spezialeinigungen jeglicher Bindungswirkung. Auch sie unterlägen ebenso wie die elterlichen Pauschaleinigungen dem freien, unbeschränkten Widerrufsrecht jedes Elternteils.

- - - - - - - - - -

1) Cohn, Gleichberechtigung, 15; Creifelds JR. 1950, 449 ff. (450, 454)

2) § 1627 Rdz. 19 c. Allerdings fällt es Staudinger-Donau auch deshalb nicht schwer, diese Auffassung zu vertreten, da er, wie bereits oben auf S.49 in einem anderen Zusammenhang erwähnt, mit Hilfe seiner seltsamen, nicht recht überzeugenden Konstruktion die elterliche Einigung schlechtnin als nicht rechtsgeschäftliches, sondern rein faktisches Gebilde wertet.

Fraglich ist aber, ob dieser Grundsatz schlechthiniger freier Widerruflichkeit elterlicher Einigungen zu Recht als allein der heutigen, von dem Gleichberechtigungsgrundsatz geprägten Struktur der elterlichen Gewalt gerecht werdend angesehen werden kann.

Das bedeutete, dem elterlichen Wort von Rechts wegen selbst dort jegliche Bindung versagen, wo die Eltern sich rechtsgeschäftlich binden wollten, und damit den Bestand noch so ernst gemeinter Absprachen in das Belieben eines jeden Ehegatten zu stellen. Die beschlossene Maßnahme, die oft im Interesse des Kindes keinen Aufschub duldet, müßte nun infolge des Widerrufs unterbleiben. "Der Neinsager, dessen Nein die Berechtigung der Handlung hindert, ohne indessen die Notwendigkeit der Handlung zu beheben, wäre im Recht".[1] Selbst rechtsgeschäftliche elterliche Einigungen wären kein Schutz gegen Wankelmut und Unentschlossenheit eines dauernd etwas anders wollenden Elternteils. Wollte man also die Bindung der Eltern an rechtsgeschäftliche Absprachen ihrem Gutdünken überlassen, so würden Inkonsequenz und Unbeständigkeit die bestimmenden und entscheidenden Kräfte der Kindererziehung sein und damit die harmonische Entwicklung des Kindes beeinträchtigen.

Wie zumindest fragwürdig die Behauptung ist, nur freie Widerruflichkeit werde dem heutigen Verständnis der elterlichen Gewalt gerecht, ergibt noch folgende Überlegung:
Gleichberechtigung bedeutet doch auch Gleichwertigkeit beider elterlicher Willensäußerungen. In einem freien Widerruf seitens des einen Elternteils liegt aber die Mißachtung des seinem Willen gleichberechtigten Willens des anderen. Freie Widerruflich-

- - - - - - - - - -

1) Ziegler, Entscheidungsrecht, 214

keit als notwendiges Prinzip hat nur im Verhältnis eines Über- zu einem Untergeordneten, nicht aber in dem zweier Gleichberechtigter ihre Berechtigung, es sei denn, daß die Widerruflichkeit ausdrücklich vereinbart worden ist. Die Feststellung Bosch's "Vertragsfähigkeit setzt Gleichberechtigung voraus",[1] ist auch in umgekehrter Lesart richtig, nämlich "Gleichberechtigung setzt Vertragsfähigkeit", d.h. Bindungsfähigkeit, voraus. So ist das Argument, nur freie Widerruflichkeit elterlicher Einigungen entspreche der Gleichberechtigung beider Ehegatten, zumindest angreifbar. Richtiger erscheint vielmehr, daß gerade aus der heutigen Struktur der elterlichen Gewalt folgt, daß die freie Widerruflichkeit dem Prinzip der Gleichberechtigung nicht gerecht wird. "Diese Zubilligung der Möglichkeit eines Vertragsschlusses entspricht dem Gleichheitsgrundsatz".[2] Wollte man die rechtsgeschäftliche Einigung gleichberechtigter Eltern als jederzeit widerruflich begreifen, so verstände man dieses Mittel der notwendigen Formierung der gleichstarken Elternrechte in sehr destruktiver Weise. Konstruktiver, dem einmal erklärten ernsthaften Willen der Eltern in höherem Maß gerecht werdend und in der Regel dem Wohl des Kindes dienlicher ist es, die Einigung nicht dem freien Widerrufsrecht eines jeden Elternteils preiszugeben.

c. Nichtsdestoweniger müßte dies in Kauf genommen werden, wenn der folgenden Bestimmungen innewohnende Gedanke dem Gesamtkomplex der elterlichen Gewalt zugrundeläge und Träger eines allgemeinen Rechtsgedankens wäre.

- - - - - - - - - -

1) SJZ. 1950, 626 (630).

2) Bosch SJZ. 1950, 626 (630), der diese Aussage zwar in Bezug auf die durch das EheG. 1946 den geschiedenen Eltern gegebene Möglichkeit macht, bindende Abmachungen über das Personensorgerecht zu treffen, deren Grundgedanke aber von allgemeiner Bedeutung für elterliche Absprachen schlechthin ist.

Einmal handelt es sich dabei um § 1 Satz 2 RKEG, wo expressis verbis die jederzeitige Widerruflichkeit elterlicher Einigungen über die religiöse Kindererziehung ausgesprochen wird. Zum anderen wird auf §§ 63, 75 Abs.3 JWG hingewiesen, wo zwar nicht ausdrücklich, so doch der Intention nach jede Bindungswirkung entsprechender elterlicher Einigungen abgelehnt wird.

aa. Die Folgerung aus § 1 Satz 2 RKEG, wenn schon in einer so bedeutenden Angelegenheit der Kindererziehung die Entscheidung eines Elternteils frei widerruflich sei, so müsse dies auch für Angelegenheiten von geringerer Bedeutung gelten,[1] ist nicht zwingend. Sie läßt vor allem die Überlegung außer Betracht, daß die einseitige Lösungsmöglichkeit dieses elterlichen Konsenses hier möglicherweise deshalb gegeben ist, weil es sich um ein besonders strukturiertes Rechtsgebiet handelt.

Dafür sei ein kurzer Blick auf die Beweggründe geworfen, die den Gesetzgeber zur Einführung des Prinzips freier Widerruflichkeit elterlicher Einigungen in § 1 RKEG. bewogen haben. Aufschlußreich hierfür ist der Bericht des damaligen "Rechtsausschusses" des Reichstages.[2] Danach standen sich vor allem zwei Standpunkte gegenüber, die Vertreter der unverbindlichen, frei widerruflichen Einigung und die des Grundsatzes der Vertragsfreiheit.[3] Schließlich dominierten aber die ersteren, wobei ihr Argument den Ausschlag gab, der Vertragsstand-

- - - - - - - - - -

1) Staudinger-Donau § 1627 Rdz. 19

2) Verhandlungen des Reichstages I. Wahlperiode 1920, Bd. 320, Aktenstück 2317

3) In letzterem Sinn insbes. die süddeutschen Staaten, vor allem Bayern, dessen Abgeordneter Leicht ausführte, daß nur auf dem Boden der bayerischen Regelung (Zulassung bindender Verträge) die Gleichberechtigung der Mutter, die Stetigkeit der Erziehung und der konfessionelle Frieden gewahrt werde.

punkt führe zu Gewissenszwang. Man könne nicht Bekenntnis und Glauben zum Gegenstand eines Rechtsgeschäfts machen.[1)]

Auch Gernhuber hält eine Bindung der Eltern an Einigungen auf dem Gebiet der religiösen Kindererziehung deswegen für unzulässig, weil sie einen Fremdkörper in das geltende Recht mit seiner Verwirklichung der Glaubensfreiheit durch stets erneuerte Entscheidungen hineintragen würde.[2)]

Ohne zu der Berechtigung dieser der gesetzlichen Regelung des § 1 RKEG. zugrundeliegenden Motive Stellung zu nehmen und auf die vielen mit großem Ernst gemachten Vorschläge einzugehen, de lege ferenda bindende Einigungen der Eltern über die religiöse Erziehung der Kinder anzuerkennen,[3)] kann bereits aus der kurz angedeuteten Entstehungsgeschichte des § 1 RKEG. geschlossen werden, daß diese Ausgestaltung der elterlichen Einigung nicht als Ausdruck eines allgemeinen, elterlichem Handeln innewohnenden Prinzips, sondern des "unser Recht beherrschenden Grundsatzes der Glaubensfreiheit" verstanden worden ist.

Das kann aber nur bedeuten, daß der § 1 S. 2 RKEG. nicht Träger eines allgemeinen Rechtsgedankens und

- - - - - - - - - -

1) Kahl in den Ausschußberatungen, Verhandlungen des Reichstages I. Wahlperiode 1920, Bd. 320, Aktenstück 2317.

2) LB. § 53 I 4, 586

3) Insbes. Bosch Reform S. 116; ders. in Rpfl. FamR.-SH. S. 37/38; ders. Rpfl. 1954, 2 ff. (14); Scheffler DRiZ. 1953, 87; Mitteis SJZ. 1950, 241 (246); Potrykus ZBlJugR. 1959, 100; so auch schon der Vorschlag des 38. DJT. 1950 B 102 (unter IV 2). Noch weitgehender die bereits oben (S. 84) zitierte Ansicht Heußners, FamRZ. 1960, 6 ff. (9), der bereits de lege lata die Bindung solcher elterlichen Einigungen bejaht.

somit ein Schluß aus dieser Bestimmung für alle Fälle elterlicher Einigungen nicht zulässig ist.[1]

bb. § 63 JWG. bestimmt, daß Freiwillige Erziehungshilfe auf Antrag der Personensorgeberechtigten, also beider Elternteile, gewährt werde, dagegen § 75 Abs. 3, daß die Freiwillige Erziehungshilfe auf Antrag eines Personensorgeberechtigten, also eines jeden Elternteils, aufzuheben sei.[2]

Zwar sind in diesen Bestimmungen nur die formellen Voraussetzungen für die Gewährung bzw. Aufhebung der Freiwilligen Erziehungshilfe geregelt, ist also nur das Verhältnis Landesjugendamt - Personensorgeberechtigte, nicht aber das im Rahmen dieses Themas bedeutsame Innenverhältnis der Personensorgeberechtigten untereinander angesprochen.
Der bereits einleitend auf S.107angedeutete Schluß, daß diese gesetzliche Regelung möglicherweise ein allgemeines Prinzip jederzeitiger Widerruflichkeit elterlicher Einigungen ausdrücke, könnte deshalb naheliegen, weil darin jedem Elternteil die Befugnis eingeräumt wird, die Freiwillige Erziehungshilfe ohne Rücksicht auf die vorangegangene und einvernehmliche Antragstellung durch einseitigen Antrag ohne Angabe von Gründen zu beenden.

Diese Überlegung ist um so berechtigter, als es sich bei den einschlägigen Bestimmungen des Jugendwohlfahrtsgesetzes[3] im Gegensatz zum Reichsge-

---

1) Gernhuber FamRZ. 1965, 227. Allerdings ist es zu weitgehend, mit ihm § 1 RKEG. als Rechtssatz zu betrachten, der einen Umkehrschluß nahelegt. Es sind keine Anhaltspunkte zu finden, daß der Gesetzgeber die Fassung des § 1 RKEG. gerade in der Absicht gewählt hat, eine Ausnahme von den sonst bindenden elterlichen Einigungen zu statuieren.

2) vgl. §§ 56 Abs. 1, 61 Abs. 2 S. 3 JWG., wo eine entsprechende Regelung für die Freiwillige Erziehungsbeistandschaft getroffen wird.

3) Auf Grund der Novelle vom 11. August 1961 zum RJWG vom 9. Juli 1922 neugefaßt als "Jugendwohlfahrtsgesetz".

setz über die religiöse Kindererziehung um modernes, erst nach der Durchführung der Gleichberechtigung im Bereich der elterlichen Gewalt in Kraft getretenes Recht handelt, zu einem Zeitpunkt also, als der Gesetzgeber bereits der Gemeinschaftlichkeit elterlicher Gewaltausübung Rechnung tragen mußte. Hinzu kommt, daß die Ablehnung eines dem § 75 Abs. 3 JWG. möglicherweise innewohnenden allgemeinen Rechtsgedankens hier nicht wie im Fall des § 1 RKEG. mit dem Argument begründet werden kann, es handele sich um ein besonders strukturiertes, absolute Gewissensfreiheit forderndes und daher jede Bindungswirkung ausschließendes Rechtsgebiet. Doch scheitert auch dieser Versuch, aus dieser Bestimmung ein allgemeines Prinzip für die Bindungswirkung elterlicher Einigungen abzuleiten. Als sichtbarer Ausdruck dafür, daß nach § 62 JWG. Freiwillige Erziehungshilfe nur zu gewähren ist, wenn die Personensorgeberechtigten bereit sind, ihre Durchführung zu fördern, wird in § 63 JWG. die Gewährung der Freiwilligen Erziehungshilfe von dem Antrag beider Sorgeberechtigten abhängig gemacht.

Darin liegen zwei Anforderungen an die Gewährung der Freiwilligen Erziehungshilfe: Freiwilligkeit der Eltern, d.h. ihr Einverständnis zur Durchführung der Freiwilligen Erziehungshilfe" und darüberhinaus ihre Bereitschaft, die Freiwillige Erziehungshilfe nicht nur zu dulden und sich gefallen zu lassen, sondern aktiv mitzuarbeiten.[1] Die Förderungsbereitschaft und Freiwilligkeit der Eltern wird damit vom Gesetz als ein Wesensmerkmal der Freiwilligen Erziehungshilfe betrachtet.[2]

- - - - - - - - - -

1) Jans-Happe § 62 JWG. A. 5 A u. B; Krug § 62 JWG. A. 8; Riedel § 62 JWG. Rdz. 7; Gräber § 62 JWG. A. 10 u. 11; Palandt-Lauterbach § 62 A. 2; Potrykus NJW. 1955, 1597.

2) Jans-Happe § 63 JWG. A. 5 B

Wenn es auch vom pädagogischen Standpunkt aus im Interesse einer kaum begonnenen Freiwilligen Erziehungshilfe sehr wünschenswert wäre, einer von den Eltern getroffenen Einigung über die Stellung eines Antrags auf Gewährung der Freiwilligen Erziehungshilfe Bindungswirkung beizulegen und so den aufhebungswilligen Elternteil daran festzuhalten, so entfiele dadurch die vom Gesetz geforderte Freiwilligkeit und Förderungsbereitschaft.[1] Damit würde die Freiwillige Erziehungshilfe gerade ihres Sinnes und Zweckes entkleidet; sie wäre keine "freiwillige" Erziehungshilfe mehr. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber die unverzügliche Aufhebung der Freiwilligen Erziehungshilfe "als Konsequenz der sich aus § 62 JWG. ergebenden Freiwilligkeit"[2] bestimmt, wenn auch nur ein Personensorgeberechtigter nicht mehr einverstanden ist. Auf den gleichen Gründen beruht, daß die überwiegende Meinung der Auffassung ist, das widerrufene Einverständnis eines Elternteils zur Freiwilligen Erziehungshilfe könne auch nicht dadurch ersetzt werden, daß dem nicht mehr förderungsbereiten Elternteil insoweit das Sorgerecht nach § 1666 Abs. 1 S. 1 entzogen und dem anderen Elternteil oder einem Pfleger zum Zwecke der Fortführung der Freiwilligen Erziehungshilfe übertragen werde.[3]

- - - - - - - - - -

1) Die überaus interessante und oft gestellte Frage, ob und inwieweit eine zeitliche Bindung der Eltern an die von ihnen beantragte FEH. zulässig wäre, sprengt den Rahmen dieser Arbeit, muß aber wohl bei der heutigen Ausgestaltung der FEH. als freiwillige und förderungsbedürftige Erziehungsform verneint werden.

2) BT-Drucksache 2226/60, S. 31

3) Palandt-Lauterbach § 62 JWG. A. 2 u. § 1666 A. 5; Krug § 62 JWG. A. 8; Jans-Happe § 75 JWG. A. 5 B; Anders(ErzB., FEH. u. FE.); LG. Göttingen 31.1. 1954 NJW 1955, 1586 ff. m. Anm. von Potrykus; OLG Hamm 23.4.1958 EJF. E I Nr. 21; LG. Essen 22.12.1961 FamRZ. 1962, 174 m. zustimmender Anm. von Göppinger; a.A. Riedel § 62 JWG. Rdz. 7 u. anscheinend Gräber § 62 JWG. A. 7

"Freiwilligkeit durch Zwang ist bei der Freiwilligen Erziehungshilfe ein Widerspruch in sich".[1)]

Ebensowenig wird auch für zulässig zu halten sein, bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern über die Notwendigkeit der Beantragung bzw. Aufhebung der Freiwilligen Erziehungshilfe im Wege der vormundschaftsgerichtlichen Kompetenz-Kompetenz-Entscheidung dem antrags- bzw. weiterhin förderungswilligen Elternteil das Entscheidungsrecht zu übertragen. Daß man zwar die Ersetzung der mangelnden Förderungsbereitschaft eines Elternteils mit den Mitteln des § 1666 Abs. 1 S. 1 als Verstoß gegen die Freiwilligkeit dieser öffentlichen Erziehungshilfe betrachtet und für unzulässig hält, demgegenüber aber durch eine vormundschaftsgerichtliche Stichentscheids - Entscheidung den Freiwilligkeitscharakter der Freiwilligen Erziehungshilfe für nicht berührt ansieht,[2)] ist eine nicht recht einzusehende, formalistische Unterscheidung. Zur näheren Begründung dieser hier vertretenen Auffassung wird auf die Ausführungen auf S. 164 ff. verwiesen.
Daraus wird deutlich, daß aus der differenzierten Regelung der Mitwirkung der Eltern bei der Gewährung bzw. Aufhebung der Freiwilligen Erziehungshilfe kein allgemeiner Rechtssatz abgeleitet werden kann, sondern daß es sich hier ebenso wie im Falle des § 1 S. 2 RKEG. um eine Sonderregelung handelt. Ließ sich die jederzeitige Widerruflichkeit elterlicher Einigungen nach § 1 RKEG. damit rechtfertigen, daß eine Bindung hier mit der unser Recht beherrschenden Glaubens- und Gewissensfreiheit unvereinbar wäre, so ergibt sich die jederzeitige, einseitige Beantragung der Aufhebung der Freiwilli-

- - - - - - - - - -

1) Anders (ErzB, FEH. u. FE.), 9

2) Anders (ErzB, FEH. u. FE.), 9; Carspecken, Probleme des JWG., 10; vgl. insbes. auch Hill (Diss.), 83 ff., zu dessen Versuch, insoweit die Entscheidungskompetenz des Vormundschaftsgerichts zu rechtfertigen, noch auf S. 165 Stellung genommen wird.

gen Erziehungshilfe durch einen Elternteil entgegen der vorausgegangenen elterlichen Einigung aus der vom Gesetz geforderten Freiwilligkeit und Förderungsbereitschaft aller Sorgeberechtigten.

Selbst wenn der Gesetzgeber nicht die Regelung der §§ 63, 75 Abs. 3 JWG. getroffen hätte, müßte aus allgemeinrechtlichen Überlegungen ebenso entschieden werden.

Daß für die Gewährung der Freiwilligen Erziehungshilfe im Regelfall der Antrag beider Elternteile erforderlich ist, ergibt sich aus §§ 1626 Abs. 2, 1627 S. 1. Auch die jederzeitige Widerruflichkeit der der Antragstellung zugrundeliegenden Einigung folgt ohne weiteres aus dem oben ausführlich untersuchten Grundsatz der Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt.

Die Einigung der Eltern, ihr Kind in die Freiwillige Erziehungshilfe zu geben und zu diesem Zweck einen Antrag zu stellen, ist darauf gerichtet, die Erziehung des Kindes auf Zeit einem Heim oder einer geeigneten Familie (§ 69 Abs. 3 S. 1 JWG.) zu überlassen. Wenn diese Einigung also auch nur eine konkrete erzieherische Entscheidung abschließend regelt, nämlich die Frage, daß das Kind in die Freiwillige Erziehungshilfe gegeben werden soll, so ist sie doch eine Einigung, die ihrem Gehalt und ihrer Auswirkung nach einem elterlichen Generalkonsens nahekommt. Sie konkretisiert die Absicht der Eltern, umfangreiche elterliche Rechte, die gesamte Erziehung, auf Zeit einem Dritten zu überlassen. Das freie Widerrufsrecht solcher elterlichen Einigungen muß daher ebenso gewahrt sein wie das jederzeitige Rücknahmerecht gegenüber dem mit der Ausübung der Erziehung des Kindes betrauten Dritten.

Im Gegensatz zu § 1 S. 2 RKEG., wo die freie Widerruflichkeit nicht mit dem Grundsatz der Unverzichtbarkeit elterlicher Gewalt, sondern mit der Unzulässigkeit von Glaubenszwang begründet wird, ist die in § 75 Abs. 3 JWG. angeordnete unverzügliche Aufhebung der Freiwilligen Erziehungshilfe für den Fall, daß ein Elternteil dies beantragt, nicht nur die Folge der vom Gesetz geforderten Freiwilligkeit und Förderungsbereitschaft beider Elternteile, sondern auch direkter Ausfluß der Unverzichtbarkeit elterlicher Gewalt.[1)]

d. Es wäre unvollständig, würde man nur die beiden eben geschilderten elterlichen Spezialeinigungen über die religiöse Kindererziehung und die Stellung des Antrags auf Gewährung von Freiwilliger Erziehungshilfe als einzige Ausnahmen von dem Grundsatz der unwiderruflichen Bindung der Eltern an Einigungen speziellen, nicht umfassenden Inhalts erwähnen.

Die Betrachtung der elterlichen Einigung über die Stellung des Antrages auf Gewährung von Freiwilliger Erziehungshilfe hat einen wichtigen, bei der Beurteilung der Bindungswirkung elterlicher Spezialeinigungen zu beachtenden Umstand deutlich gemacht: Es darf nicht übersehen

- - - - - - - - - -

1) Dieser letzte Gesichtspunkt, der zur Rechtfertigung des jederzeitigen einseitigen Aufhebungsrechts des § 75 Abs. 3 JWG genannt wurde, liegt jedoch nicht dem Recht eines jeden Personensorgeberechtigten zugrunde, die Aufhebung der Freiwilligen Erziehungsbeistandschaft beantragen zu können. Diese vom Gesetzgeber auch für die Beendigung der Freiwilligen Erziehungsbeistandschaft getroffene Regelung ist nicht auch Ausfluß der Unverzichtbarkeit elterlicher Gewalt, sondern beruht allein auf dem Wesensmerkmal der Freiwilligkeit und Förderungsbereitschaft, das auch der Freiwilligen Erziehungsbeistandschaft von Gesetzes wegen innewohnt.

werden, daß eine elterliche Einigung über einen speziellen Sachverhalt elterlicher Gewaltausübung ihrem Gehalt und ihrer Auswirkung nach eine (mittelbare) "Disposition über die elterliche Gewalt"[1] beinhalten kann.

Zu denken ist dabei an die Fälle, daß sich die Eltern etwa über die von ihnen zu erteilende Einwilligung zur Eheschließung ihrer minderjährigen Tochter (§ 3 Abs. 1 EheG.), zur Volljährigkeitserklärung ihres Sohnes (§ 4 Abs. 2) oder zur Adoption ihres Kindes (§ 1747 Abs. 1) einigen. Diese elterlichen Einigungen sind zwar oberflächlich betrachtet Einigungen über ganz konkrete Einzelfälle elterlicher Gewaltausübung. Die Eltern beraten, ob sie der Heirat ihrer Tochter zustimmen, in die Volljährigkeitserklärung ihres Sohnes oder Adoption ihres Kindes einwilligen sollen, und einigen sich schließlich darüber. Und doch liegt in diesen Einigungen über die Regelung dieser zunächst zwischen den Eltern intern zu treffenden Entscheidungen hinaus mittelbar eine tiefgreifende Verfügung über ihre elterliche Gewalt, hier in ihrer Auswirkung sogar substantieller Art. Durch die Heirat ihrer Tochter verlieren die Eltern ihr Personensorgerecht mit Ausnahme der gesetzlichen Vertretung (§ 1633); durch die Volljährigkeitserklärung ihres Sohnes endet ihre elterliche Gewalt (§ 3 Abs. 2); ebenso begeben sie sich ihrer elterlichen Gewalt über ihr adoptiertes Kind (§ 1765 Abs. 1).

In diesem Zusammenhang ist nicht nur auf diese elterlichen Spezialeinigungen hinzuweisen, die mittelbar eine substantielle Disposition über die

- - - - - - - - - -

1) Gernhuber LB. § 50 II 3, 539

elterliche Gewalt in sich tragen. Auch die elterlichen Spezialeinigungen sind nicht zu vergessen, die zwar nicht Auswirkungen auf die Substanz, sondern, wie etwa die Beantragung der Freiwilligen Erziehungshilfe, eine Disposition über die Ausübung der elterlichen Gewalt im Gefolge haben. Beispiel: Die Eltern einigen sich, ihr Kind in Pflege zu geben. Die Ausführung dieses elterlichen Konsenses hat den Abschluß des Pflegekindvertrages zur Folge mit der darin vorgenommenen umfangreichen Übertragung der Ausübung des Sorgerechts.

Diese elterlichen Spezialeinigungen, die mittelbar entweder eine Verfügung über die Substanz oder Ausübung der elterlichen Gewalt darstellen, müssen bezüglich ihrer Bindungswirkung den elterlichen Generaleinigungen gleichgestellt werden. Sie sind daher frei widerruflich.[1)]

e. Zusammenfassend ist zu sagen:
Elterliche Spezialeinigungen sind im Gegensatz zu den General- oder Pauschaleinigungen grund-

- - - - - - - - - - -

1) Diese Feststellung der freien Widerruflichkeit bedeutet nur, daß die Eltern derartige zwischen ihnen zustandegekommene Einigungen in ihrem Verhältnis zueinander, also im Innenverhältnis, frei widerrufen können. Damit ist jedoch nichts darüber gesagt, ob und inwieweit auch die Einwilligungen der Eltern nach §§ 3 Abs. 1 EheG., 4 Abs. 2 S. 1, 1747 Abs. 1 widerruflich sind.

Während die Einwilligung in die Eheschließung des minderjährigen Kindes bis zur Eheschließung (Palandt-Lauterbach § 3 EheG. A. 4; Erman-Hefermehl § 3 EheG. A. 2) und die Einwilligung in die Volljährigkeitserklärung bis zur Rechtskraft des vormundschaftsgerichtlichen Beschlusses (Palandt-Danckelmann § 5 A. 2; Staudinger-Coing § 4 Rdz. 2; Erman-Böhle-Stamschräder A. 4) widerruflich ist, ist streitig, wann bei der Einwilligung nach § 1747 Abs. 1 die Bindung nach § 1748 Abs. 1 2. Halbsatz beginnt (Palandt-Lauterbach § 1748 A. 1 und Erman-Hefermehl § 1748 A. 2: "mit der Abgabe der Erklärung"; Gernhuber LB. § 62 V 8, 678, Soergel-Siebert-Lade § 1748 Rdz. 1, RGRK (Scheffler) § 1748 A. 1 u. 2: "mit dem Zugang der Einwilligungserklärung").

sätzlich nicht frei widerruflich. Die freie Widerruflichkeit ist kein der elterlichen Gewaltausübung innewohnendes, allgemeines Prinzip, sondern nur unter den hier erörterten Voraussetzungen auch in den Fällen elterlicher Spezialeinigungen anzunehmen.

9. Während es in den Fällen elterlicher Pauschal- oder Blankoeinigungen eines Korrektivs bedurfte, um die grundsätzlich freie Widerruflichkeit im Fall[1] eines dringenden Interesses des Kindes einzuschränken, so stellt sich hier umgekehrt die Frage, wieweit die grundsätzlich bejahte Bindungswirkung elterlicher Spezialeinigungen reichen darf, damit sie sich nicht unter Umständen für das Kindeswohl nachteilig auswirkt.

   a. Steht auch dieser grundsätzlichen Bindungswirkung elterlicher Spezialeinigungen in der Regel der Gesichtspunkt der Unverzichtbarkeit elterlicher Gewalt nicht entgegen, so darf doch trotzdem folgende Überlegung nicht unerwähnt bleiben: Wie verhält es sich im Falle eines elterlichen Spezialkonsenses, wenn sich bald darauf herausstellt, daß die beschlossene Maßnahme für das Kind von Anfang an eine erzieherische Fehlentscheidung war oder aber infolge veränderter Umstände sich nun als eine solche darstellt ?

   Beispiele: Die Eltern beschlossen, das Kind auf dringenden Rat des Hausarztes operieren zu lassen. Die Konsultation eines Facharztes durch den Vater läßt die Notwendigkeit einer solchen Operation fraglich erscheinen.

- - - - - - - - - -

1) vgl. S. 91 ff.

Die Eltern waren übereingekommen, ihren Sohn in Fehleinschätzung seiner Begabung auf die höhere Schule zu schicken. Eine Aussprache mit dem Volksschullehrer ergibt, daß dieses Vorhaben der Eltern nicht zu verantworten wäre.

Die Eltern hatten einverständlich ihr Kind für erwerbbringende Arbeit verdungen, die aber seiner Gesundheit Schaden bringt.[1)]

Die Eltern, Eigentümer eines seit Generationen im Familienbesitz befindlichen Hofes, hatten sich geeinigt, ihren jüngeren Sohn studieren zu lassen, während ihr älterer Sohn den Hof übernehmen sollte. Der in Aussicht genommene Hoferbe stirbt jedoch.

Vater und Mutter waren sich darin einig, ihrer Tochter den Umgang mit einem bestimmten jungen Mann zu verbieten. Einige Zeit später wird ihre Tochter von einem Kind dieses Mannes entbunden.[2)]

Die Frage ist, ob in diesen beliebig zu vermehrenden Beispielen der Elternteil, der seiner nun besseren Einsicht gemäß oder in Anbetracht der wesentlichen Änderung der Situation eine andere dem Kindesinteresse gerechter werdende Entscheidung anstrebt, von dem auf der einmal erzielten Einigung beharrenden Elternteil daran gehindert werden kann.

Eine solche weitgehende, das Wohl des Kindes außer Acht lassende Bindungswirkung kann auch in den Fällen elterlicher Spezialeinigungen nicht in Frage

- - - - - - - - - -

1) Beispiel von Bänninger, Verträge zwischen Ehegatten, 164

2) Ein Sachverhalt, der dem bereits oben zitierten Urteil des OLG. Schleswig 31.8.1965 FamRZ. 1965, 224 ff. zugrundeliegt.

kommen. Wollte man einen Elternteil auch dann als an die Einigung gebunden halten, wenn ihm die Einhaltung der Vereinbarung mit Rücksicht auf seine Elternpflichten nicht zumutbar ist oder auch nur die Umstände eine andere elterliche Entscheidung im Interesse des Kindes "angezeigt"[1] erscheinen lassen, so bedeutete es, daß der änderungswillige Elternteil daran gehindert wäre, seinen Pflichten nachzukommen, und somit seinen Ausschluß von der Ausübung der elterlichen Gewalt in der dem Konsens zugrundeliegenden Angelegenheit.

Das ist kein Widerspruch zu der oben gegebenen Begründung, daß elterliche Spezialeinigungen gerade mangels Verzichtscharakter grundsätzlich bindend sind. Dieser Grundsatz muß dort seine Grenzen haben, wo diese Bindung für den änderungswilligen Elternteil ein Hindernis wäre, seine elterlichen Rechte zum Wohl des Kindes auszuüben und seinen Pflichten zu genügen. In diesen Fällen muß ihm von Gesetzes wegen die Möglichkeit gegeben sein, die Einigung mit dem anderen Elternteil zu widerrufen.

Das Wohl des Kindes ist für die Ausübung der elterlichen Gewalt als oberste Richtschnur seit langem anerkannt[2] und nun in § 1627 ausdrücklich hervorgehoben. Eine Rechtsordnung, die dies anerkennt, darf deshalb die Bindungswirkung elterlicher Einigungen nicht so stark ausgestalten, daß sie mit diesem obersten Prinzip elterlicher Gewaltausübung in Konflikt gerät. So muß bei der Kollision der beiden Rechtsgüter "pacta sunt servanda" und "Wohl des Kindes" ersteres dem zweiten untergeordnet werden und stets dort enden, wo die Gefährdung des zweiten anfängt.

- - - - - - - - - -

1) Über die Interpretation dieses Begriffes vgl. S. 122ff.

2) Staudinger-Donau § 1627 Rdz. 2

Das allgemeine Prinzip des "pacta sunt servanda" erfährt also unter dem Aspekt des Kindeswohls diese Einschränkung und Abschwächung.
"Diese clausula rebus sic stantibus wohnt daher der rechtsgültigen elterlichen Einigung inne".[1) 2)]

b. Dieser dem gesamten Kindschaftsrecht zugrundeliegende Gedanke, d.h. die beherrschende Rolle des Prinzips des Kindeswohls, hat in § 1696 seinen Niederschlag gefunden und dort das Interesse an dem Bestand vormundschaftsgerichtlicher Entscheidungen dem des Kindes nachgeordnet. Ebenso wie die Bindung der Eltern an Spezialeinigungen dort endet, wo sie das Wohl des Kindes beeinträchtigen und daher der umfassenden, unübertragbaren Verantwortlichkeit der Eltern widersprechen würde, wäre die Unabänderlichkeit vormundschaftsgerichtlicher Anordnungen mit dem Wächteramt des Vormundschaftsgerichts sowie mit der den jeweiligen Verhältnissen angepaßten Struktur des Verfahrens der Freiwilligen Gerichtsbarkeit unvereinbar.

Diese Bestimmung ist geeignet, Kriterium dafür zu sein, wann ein Elternteil sich von bindenden Absprachen mit dem anderen über Fragen elterlicher Gewaltausübung lossagen kann.

Es ist zwar bereits oben gesagt worden, daß das Wohl des Kindes Richtschnur elterlichen Handelns und Schranke rechtsgeschäftlicher Bindung ist. Diese

- - - - - - - - - -

1) Bänninger, Verträge zwischen Ehegatten, 189. Vgl. auch Gernhuber LB. § 18 IV 5, S. 157 bezüglich der Einigung unter Ehegatten: "Unnachsichtige Bindung an das einmal Vereinbarte widerspricht der Notwendigkeit, das gemeinschaftliche Leben im Wandel der Verhältnisse stets neu zu gestalten".

2) vgl. das parallele gesellschaftsrechtliche Problem des Widerrufs einer von einem Gesamtgeschäftsführer erteilten Zustimmung, die grundsätzlich unwiderruflich, aber aus "wichtigem Grund" widerruflich ist, Schlegelberger § 115 Rdz. 11 ff.; RGRK. (Weipert) § 115 A. 21

vage und unbestimmte Formel nimmt nun durch die Übertragung des gleichen, für vormundschaftsgerichtliche Anordnungen geltenden Grundgedankens des § 1696, vor allem unter Berücksichtigung der in diesem Zusammenhang von Lehre und Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätze, konkrete Gestalt an.

Nach § 1696 kann das Vormundschaftsgericht seine Anordnung jederzeit ändern, wenn es dies im Interesse des Kindes angezeigt hält. [1]
Überträgt man die von Lehre und Rechtsprechung erarbeiteten Gesichtspunkte zum Begriff "angezeigt" im Sinne des § 1696 auf die elterlichen Spezialeinigungen und ihre Widerruflichkeit, so bedeutet dies:

"Angezeigt" ist nicht so zu verstehen, als müsse das Wohl des Kindes eine Änderung des elterlichen Konsenses "erfordern".[2] Ein Elternteil kann also eine solche Einigung nicht nur widerrufen, wenn das Wohl des Kindes dies notwendig erscheinen läßt, sondern auch , wenn sich seit der elterlichen Absprache die Verhältnisse tatsächlich geändert haben oder in der Zwischenzeit Umstände zutage getreten sind, die eine Änderung des elterlichen Beschlusses rechtfertigen. Dies ist dann der Fall, wenn triftige, das Kindeswohl nachhaltig berührende Gründe eine Änderung nahelegen,[3] wobei besonders die Bedeutung einer ruhigen, steten Entwicklung des Kindes zu beachten ist.[4]

Neben der Bestimmung des § 1696 ist wegen der auch dort analogen Situation der § 18 Abs. 1 FGG ge-

- - - - - - - - - - - -

1) Zu der strittigen Frage, ob §1696 auch dann anwendbar ist, wenn die Übertragung der elterlichen Gewalt auf die außereheliche Mutter (§ 1707 Abs. 2) eingeschränkt oder aufgehoben werden soll, soll hier nicht näher eingegangen werden.

2) KG.1.9.1958 EJF.A I f 31 m. Anm. von Schwoerer; OLG Hamburg 4.9.1959 FamRZ. 1960, 123. Vgl. dagegen die frühere Vorschrift des § 81 Abs.5 EheG. 38.

3) KG. 1.9.1958 EJF. A I f 31; Palandt-Lauterbach §1696 A. 1; Soergel-Siebert-Lange § 1696 Rdz.4

4) Lücken, Sachverständigenaufgaben, 186

eignet, zur Begründung dafür herangezogen zu werden, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Elternteil sich von einer bindenden Einigung mit dem anderen über Fragen elterlicher Gewaltausübung lossagen kann. Ist das Vormundschaftsgericht nach § 1696 kraft materiellen Rechts jeder Zeit befugt, unter der dort genannten Voraussetzung seine Entscheidung zu ändern, ohne Rücksicht darauf, ob seine Entscheidung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen von vornherein dem Wohl des Kindes widersprach oder erst aufgrund nachträglichen Eintritts neuer Tatsachen das Interesse des Kindes gefährdet, so steht dem Vormundschaftsgericht daneben noch nach § 18 Abs. 1 FGG ein formelles Änderungsrecht zu. Danach ist das Vormundschaftsgericht berechtigt, seine Entscheidung zu ändern, wenn es sie nachträglich für ungerechtfertigt hält, d.h. wenn die Entscheidung von Anfang an unrichtig war und nicht erst durch Änderung der Verhältnisse in der Folgezeit unrichtig geworden ist.[1)]

Überträgt man diese Möglichkeit des Vormundschaftsgerichts, seine Entscheidungen nach § 18 Abs. 1 FGG zu ändern, auf die hier interessierende Befugnis der Eltern, bindende Spezialeinigungen zu widerrufen, so bedeutet dies:
Entsprach eine elterliche Einigung von Anfang an nicht dem Kindesinteresse - nur diese Kategorie der von Anfang an "unrichtigen" elterlichen Einigungen kann, wie eben ausgeführt, unter dem Aspekt des § 18 Abs. 1 FGG betrachtet werden -, so kann jeder

- - - - - - - - - -

1) So die herrschende Meinung; Soergel-Siebert-Lange § 1696 Rdz. 2; Gernhuber LB. § 56 VI 2, 617; Keidel § 18 FGG A. 1 a; Baur FGG § 24 B; Jansen § 18 FGG A. 2; Lent - Habscheid § 27 III, 161

Elternteil diese Einigung wegen "erkannter Unrichtigkeit" widerrufen.[1]

Diese Gruppe elterlicher Einigungen, die sich nachträglich als ungerechtfertigt erweist, kann also von einem Elternteil sowohl unter den Voraussetzungen des Grundgedankens des § 1696 als auch unter dem hierher zu übertragenden Aspekt des § 18 Abs. 1 FGG widerrufen werden.

10. Zum Schluß dieses Abschnitts liegt noch die Frage nahe, ob die eben ermittelten Voraussetzungen für die Widerruflichkeit der grundsätzlich bindenden elterlichen Spezialeinigungen auch auf die zwei Fälle elterlicher Generaleinigungen übertragbar sind, die im Gegensatz zur sonstigen Regel freier Widerruflichkeit elterlicher Pauschaleinigungen allgemein als bindend betrachtet werden,[2] d.h. ob auch die elterlichen Einigungen nach § 1671 Abs. 2 und die Verkehrsvereinbarungen (§ 1634) dann widerruflich sind, wenn das Interesse des Kindes dies angezeigt erscheinen läßt.

- - - - - - - - - -

1) vgl. dazu Dölle I § 34 II, 404/405, der bei der Frage, wann ein Ehegatte eine Änderung einer Einigung über das gemeinsame eheliche Leben verlangen kann, auf § 18 FGG Bezug nimmt, dabei aber nicht beachtet, daß § 18 Abs. 1 FGG einem Ehegatten nur insoweit dieses Recht gibt, als es sich bei der betreffenden Einigung um eine gemeinschaftliche eheliche Entscheidung handelt, die sich nachträglich als ungerechtfertigt erweist, d.h. von Anfang an unrichtig war. Dagegen läßt sich ein solches Recht eines Ehegatten aus § 18 Abs. 1 FGG nicht bezüglich der Einigungen ableiten, die wegen Veränderung der Sachlage nachträglich nicht mehr aufrecht erhalten werden können.

2) vgl. S. 94 ff.

a. In beiden Fällen verneint dies die überwiegende Meinung.

Im Falle der Einigung nach § 1671 Abs. 2 wird zwar ein Widerruf aus Gründen des Kindeswohl nicht ausdrücklich ausgeschlossen.[1] Dies geht aber aus der Bedeutung hervor, die man dem Widerruf einer solchen Einigung beilegt. Durch einen Widerruf wird nämlich, selbst wenn darin Gründe geltend gemacht werden, die zustandegekommene Einigung widerspreche dem Wohl des Kindes, die Einigung nicht als gelöst betrachtet. Dieser Widerruf soll danach, wenn auch nicht das rechtliche Gewicht der Einigung aufheben, für das Vormundschaftsgericht nur die Bedeutung haben, in diesem Fall besondere Ermittlungen darüber anzustellen, ob der weiterbestehende gemeinsame Vorschlag mit dem Kindeswohl vereinbar ist.[2]

Im Falle der Verkehrsvereinbarung ist dagegen die absolute Bindungswirkung, d.h. die Unwiderruflichkeit selbst aus Gründen des Kindeswohls, wiederholt ausgesprochen worden.[3]

- - - - - - - - - -

1) vgl. dazu S. 95 ff.

2) Soergel-Siebert-Lange § 1671 Rdz. 19; BGH 23.2.1951 BGHZ. 1, 214 (217); BayObLG. 4.12.1962 FamRZ 1963, 141 (142).

3) vgl. die auf S. 99 Fußn 3 zitierte Literatur. Auch Palandt-Lauterbach, der noch in der 23. Aufl. (§ 1634 A. 3) die Auffassung vertrat, die Einigung könne widerrufen werden, wenn es das Kindeswohl erfordere, scheint sich in der 25. Aufl. der h. M. angeschlossen zu haben. Dort ist nämlich von dieser Einschränkung der Bindungswirkung nicht mehr die Rede, vielmehr nur noch davon, daß eine solche Vereinbarung von den Eltern "gemeinsam widerrufen" werden könne (§ 1634 A. 2).

b. Waren noch die Gründe, die zur Annahme der grundsätzlichen Bindungswirkung dieser beiden elterlichen Pauschaleinigungen führten, einleuchtend und sachgerecht, so kann man das bezüglich der von der herrschenden Meinung vertretenen unnachsichtigen, absoluten Bindungswirkung dieser elterlichen Einigung nicht sagen. Hier sollen die Eltern noch weitgehender als in den Fällen elterlicher Spezialeinigungen selbst dann an ihre Vereinbarung gebunden bleiben, wenn das Wohl des Kindes darunter Schaden leidet.

Man könnte diese Auffassung zwar etwa damit begründen, daß - wie oben festgestellt[1)] - beiden Gruppen elterlicher Einigungen kein Verzichtscharakter innewohne und der Grundsatz der Unverzichtbarkeit elterlicher Gewalt daher auch nicht im Falle absoluter Bindungswirkung berührt werde. Eine so weitgehende Folgerung kann aber aus diesem Umstand nicht gezogen werden. Auch den elterlichen Spezialeinigungen wurde hier aus diesem Grunde grundsätzlich unwiderrufliche Bindungswirkung zugestanden, ohne jedoch dieser Bindung auch in den Fällen Bestand zu verleihen, in denen triftige Interessen des Kindes die Lösung dieser Einigungen angezeigt erscheinen lassen.

So begründet dann auch die herrschende Meinung die absolute Bindungswirkung einer elterlichen Einigung nach § 1671 Abs. 2 nicht mit dem mangelnden Verzichtscharakter dieses umfassenden Konsenses, sondern damit, daß in diesem Fall der gemeinsame Vorschlag der Eltern stets vom Vormundschaftsgericht unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls zu prüfen sei, dies um so strenger, wenn ein Elternteil seine Einigung mit dem anderen widerrufen habe. Anders ausgedrückt, könnte man dieses

- - - - - - - - - - -

1) vgl. S.99 u. 102

Argument wie folgt formulieren: Bei elterlichen Einigungen nach § 1671 Abs. 2 "passe das Vormundschaftsgericht auf das Wohl des Kindes auf", so daß es nicht zu dessen Schutz eines elterlichen Widerrufsrechts bedürfe.

Ähnlich ist die Begründung der herrschenden Lehre für die absolute Bindungswirkung von Verkehrsvereinbarungen. Eine solche sei für das Kindeswohl unschädlich, da das Vormundschaftsgericht in der Lage sei, eine Änderung zu treffen, wenn es dies im Interesse des Kindes für erforderlich halte.[1)]

Diese Argumentation ist aber nicht überzeugend und rechtfertigt nicht, in diesen beiden Fällen elterlicher Einigungen die oberste Richtschnur elterlichen Handelns, das Wohl des Kindes, dem Grundsatz "pacta sunt servanda" nachzuordnen.

Zunächst zu § 1671 Abs. 2: Nimmt man die Hauptgründe für die dieser elterlichen Einigung eingeräumte Bedeutung ernst, daß nämlich für sie die Vermutung sachrichtiger Regelung der elterlichen Gewalt spreche und vor allem möglichst wenig in die Elternrechte eingegriffen werden solle, so müßte man doch gerade dann zu einem einseitigen Widerrufsrecht[2)] eines Elternteiles kommen, wenn das Kindeswohl es erfordert. Läßt nämlich das Wohl des Kindes eine Änderung der zwischen den Eltern zustandegekommenen Einigung geboten erscheinen, so kann von einer Vermutung sachrichtiger Regelung der elterlichen Gewalt in diesem Falle nicht mehr gesprochen werden. Hier muß dem aus diesen Gründen widerrufswilligen Elternteil

---

1) Insbes. OLG. Karlsruhe 11.4.1957 ZBlJugR. 1957, 247/248

2) Daß die Eltern eine Einigung nach § 1671 Abs.2 einvernehmlich aufheben und ändern und dem Vormundschaftsgericht eine neue Einigung vorlegen können, bedarf keiner Begründung.

die Möglichkeit gegeben werden, die dem Kindeswohl abträgliche Einigung zu widerrufen und dadurch den auf dieser Einigung beharrenden anderen Elternteil dazu zu veranlassen, eine neue dem Kindeswohl gerecht werdende Einigung anzustreben.

Hinzu kommt, daß man weniger in die Elternrechte eingriffe, wenn man einem Elternteil ein solches Widerrufsrecht gäbe. Jedem Elternteil muß vorrangig vor anderen Institutionen das Recht zugebilligt werden, eine Einigung über Fragen elterlicher Gewaltausübung stets unter dem Aspekt des Kindesinteresses zu prüfen und bei Gefährdung desselben gegebenenfalls zu widerrufen. Die alleinige Entscheidung, ob eine solche Einigung dem Wohl des Kindes gerecht werde, dem Vormundschaftsgericht zu überlassen, und bis dahin den änderungswilligen Elternteil unwiderruflich an die dem Kind nachteilige Einigung zu binden, bestärkte darüberhinaus nur noch den nichtänderungswilligen Elternteil darin, auf die berechtigten Bedenken des widerrufenden Elternteils nicht einzugehen, sondern darauf zu hoffen, daß das Vormundschaftsgericht sich seiner Auffassung anschließt. Dadurch wird eine Chance vertan, auch in diesen Fällen, wo ein Elternteil aus Gründen des Kindeswohls eine Änderung der getroffenen Einigung begehrt, zu einer neuen, nun vom Gericht ohne Bedenken zu akzeptierenden elterlichen Einigung zu kommen, statt zunächst von dem grundsätzlichen Weiterbestehen der Einigung auszugehen und diese nur besonderer Prüfung zu unterziehen.
Ähnlich stellt sich die Lage bei den Verkehrsvereinbarungen dar. Die Gestaltung des Verkehrs ist in erster Linie Sache der Eltern. Das Vormundschaftsgericht greift nicht ein, wenn es zu einer Vereinbarung der Eltern kommt und diese den Interessen des Kindes gerecht wird. Insofern ist die

Befugnis des Vormundschaftsgerichts bedingt fakultativ.[1] Warum soll nun, wenn ein Elternteil diese Einigung aus Gründen des Kindeswohls widerrufen zu müssen glaubt, ihm dieser Weg versperrt und nur noch eine Änderung durch das Gericht möglich sein ? Auch hier fehlt daher für die oft im Interesse des Kindes nützliche, erneute Einigungsbereitsschaft des nicht änderungswilligen Ehegatten der Druck, der vorhanden wäre, würde man einem solchen begründeten Widerruf Wirkung beilegen und die Prüfung, ob die Vereinbarung noch dem Wohl des Kindes entspricht, nicht bis zur Entscheidung des Vormundschaftsgerichts suspendieren.

Im Gegensatz zur herrschenden Meinung wird diesen beiden Gruppen elterlicher Einigungen, die trotz ihres umfassenden Inhalts grundsätzlich bindend sind und somit im Vergleich zu allen sonstigen elterlichen Generaleinigungen bereits Ausnahmecharakter haben, nicht noch die weitere Besonderheit beigelegt, daß sie selbst aus Gründen des Kindeswohls nicht widerruflich sind. "Sie binden nicht stärker als sonstige Beschlüsse, die in gemeinschaftlicher Ausübung der elterlichen Gewalt gefaßt werden".[2]

Ergebnis: Rechtsgeschäftliche elterliche Pauschal- oder Generaleinigungen, d.h. Einigungen nicht über einen bestimmten Lebenssachverhalt, sondern einen ganzen Bereich elterlicher Gewaltausübung betreffend und somit in der Zukunft der konkretisierenden Einzelentscheidungen des insoweit allein berechtigten Elternteils bedürfend, sind wirksam, aber mit Ausnahme der Einigungen im Rahmen des § 1671 Abs. 2 und der Verkehrsvereinbarungen jederzeit frei widerruflich.
Dem Widerruf kann gegebenenfalls mit dem Einwand schikanöser Rechtsausübung (§ 226)

- - - - - - - - - -

1) Lücken (Diss.), 68

2) So Gernhuber LB. § 53III 5, S. 593 in Bezug auf die Verkehrsvereinbarung.

begegnet werden. Daneben kann der durch die Einigung geschaffene Zustand im Falle eines mißbräuchlichen Widerrufs durch Anrufung des Vormundschaftsgerichts (§ 1666 Abs. 1 S. 1) aufrecht erhalten oder dem widerrufenden Ehegatten unter den genannten Voraussetzungen nach § 1353 Abs. 2 widersprochen werden.
Rechtsgeschäftliche elterliche Spezialeinigungen, d.h. abschließende Einigungen über einen bestimmten Lebenssachverhalt, nicht einen ganzen Bereich elterlicher Gewaltausübung betreffend und daher in der Zukunft nicht der konkretisierenden Einzelentscheidungen eines Elternteils bedürfend, sind grundsätzlich bindend und daher nicht frei widerruflich.
Sie sind aber ebenso wie die elterlichen Einigungen nach § 1671 Abs. 2 und die Verkehrsvereinbarungen aus Gründen des Kindeswohls widerruflich.
Elterliche Spezialeinigungen, die ihren Auswirkungen nach auf eine Disposition über die elterliche Gewalt ihrer Substanz oder Ausübung nach hinauslaufen, sind jedoch den General- und Pauschaleinigungen gleichzustellen und entsprechend den dort entwickelten Grundsätzen zu behandeln.

Die nicht rechtsgeschäftliche elterliche Einigung.

§ 8

1. Nun gilt es festzustellen, ob die nicht rechtsgeschäftlichen elterlichen Einigungen bloße faktische Übereinstimmungen der elterlichen Willen bedeuten, also rein tatsächlicher Natur sind, keinerlei Rechtsfolgen, insbesondere keine bindende Rechtswirkung haben.[1)]

Diese Frage ist von großer Wichtigkeit, weil wie im Rahmen dieser Arbeit ausführlich dargestellt,[2)] man nicht jede elterliche Einigung - und sei sie für das Kind von noch so entscheidender Bedeutung und eine Bindung der Eltern an sie im Interesse der Stetig-

- - - - - - - - - -

1) So wie bereits erwähnt, Staudinger-Donau § 1627 Rdz. 18-19

2) vgl. S.44 ff.

keit der Erziehung wünschenswert - als rechtsgeschäftlichen Konsens ansehen kann, sondern dies nur dann möglich ist, wenn man unter Berücksichtigung des intimen Lebensverhältnisses der Eltern und der daher gebotenen strengen Anforderungen an die Bejahung eines bei den Eltern vorhanden gewesenen Rechtsfolgewillens zum Ergebnis kommt, sie haben diese Angelegenheit in rechtlich verbindlicher Weise regeln wollen. Diese Einschränkung gebietet der Begriff des "Rechtsgeschäfts", worunter eben nur Akttypen verstanden werden, die final auf Rechtsfolgen gerichtet sind.

Es ist ohne weiteres einzusehen, daß die überwältigende Fülle elterlicher Einigungen nicht in diesem Sinn final und daher nicht rechtsgeschäftlicher Natur sind. Nicht nur in den vielen alltäglichen Dingen elterlichen Handelns, sondern auch bei wesentlichen Entscheidungen für die Zukunft und das Wohl des Kindes werden die Eltern in der Regel nicht den für die Annahme rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen konstitutiven Rechtsfolgewillen haben.

2. Da das für die Rechtsgeschäftlichkeit einer Willensäußerung entscheidende Kriterium subjektiver Natur ist, unterscheidet sich die nicht rechtsgeschäftliche elterliche Einigung ihrem objektiven Erklärungstatbestand nach nicht von der rechtsgeschäftlichen Art. Auch jene ist wie diese Äußerung eines geistigen Vorgangs, des elterlichen Willens. In beiden Fällen handelt es sich um zwei übereinstimmende Willensäußerungen.

3. Bei der Frage, ob die nicht rechtsgeschäftliche elterliche Willensübereinstimmung rechtlich völlig bedeutungslos ist oder aber doch von rechtlicher Relevanz ist, ist darauf zurückzugreifen, was in § 2 über die Funktion der elterlichen Einigung als

vom Gesetzgeber gewähltes Mittel rechtlicher Formierung der beiden gleichstarken elterlichen Rechte gesagt worden ist. Dort ist festgestellt worden, daß einigungswidrige Maßnahmen zwar nicht dem Kind gegenüber rechtswidrig oder sonst rechtlich fehlerhaft, wohl aber im Verhältnis der Eltern zueinander grundsätzlich Pflichtwidrigkeiten seien.[1] Seit Durchführung des Gleichberechtigungsgrundsatzes im elterlichen Gewaltbereich ist die Einstimmigkeit der Eltern, d.h. ihre Einigung, grundsätzlich[2] der rechtskonstituierende Akt, ohne den eine Handlung im Bereich der elterlichen Gewalt gesetz- und darum pflichtwidrig ist. Mit dem heutigen Verständnis der elterlichen Gewalt hat der elterliche Konsens über seine bis dahin bloß tatsächliche, menschlich-moralische Bedeutung die unmittelbar rechtliche Auswirkung und Beachtlichkeit erlangt.

Im Gegensatz zu jener Zeit, als die elterliche Gewalt praktisch als eine "väterliche" verstanden wurde und der Vater eine mit der Mutter erzielte Einigung jederzeit auf Grund seiner umfassenden Entscheidungsbefugnis aufheben konnte, ohne sich dem Vorwurf pflichtwidrigen Verhaltens auszusetzen, bewirkt heute der elterliche Konsens, daß, solange er besteht, jeder Elternteil nur in Ausführung des gemeinsam Beschlossenen pflichtgemäß handelt und nur die der Einigung entsprechende Erziehungsmaßregel der Forderung des § 1627 nach Gemeinschaftlichkeit elterlicher Gewalt gerecht wird.

Anders als bei der rechtsgeschäftlichen elterlichen Einigung, die nur anzunehmen ist, wenn elterlicher

- - - - - - - - - -

1) vgl. insbes. S.16/17

2) Dazu, daß dieser Grundsatz inhaltlich einzuschränken ist und gewisse Modifikationen und Durchbrechungen erfährt, wird auf die Ausführungen auf den S. 18 ff. verwiesen.

Wille und Rechtserfolg subjektiv verbunden sind, die Eltern also einen unmittelbar auf einen Rechtserfolg gerichteten Willen haben, tritt diese Festlegung pflicht- und gesetzmäßigen elterlichen Handelns bei nicht rechtsgeschäftlichen elterlichen Einigungen auch dann ein, wenn sich die Eltern dieses "Erfolges" ihres Konsenses nicht bewußt waren. Tritt bei den rechtsgeschäftlichen elterlichen Einigungen die Bindung der Eltern in erster Linie auf Grund ihres darauf gerichteten Willens, "ex voluntate"[1] ein, so beruht die beschriebene Rechtswirkung der nicht rechtsgeschäftlichen elterlichen Einigung nicht auf einer dahingehenden Absicht der Eltern, sondern tritt "ex lege",[2] d.h. auf Grund der mittelbar aus § 1627 sich ergebenden gesetzlichen Sanktion eigenmächtigen elterlichen Handelns ein. Mit anderen Worten:
Folgen die Rechtswirkungen der rechtsgeschäftlichen elterlichen Einigung unmittelbar aus ihr, so beruhen die durch die nicht rechtsgeschäftliche Einigung ausgelösten Rechtsfolgen nicht unmittelbar auf dieser, sondern sind vielmehr ein Reflex der elterlichen Willensübereinstimmung.

Die nicht rechtsgeschäftliche elterliche Einigung ist also eine menschliche Handlung, die rechtlich nicht bedeutungslos, sondern durchaus bedeutsam ist, und kein bloßer tatsächlicher Zustand, an den sich keinerlei Rechtswirkungen knüpfen.

4. Die dem Begriff des Rechtsgeschäfts gegebene Begrenzung führt zu der besonderen Kategorie der "Rechtshandlung",[3] einem Begriff, der ebensowenig wie der

- - - - - - - - - -

1) Enneccerus-Nipperdey § 137 IV 2 a, 577; Klein, Rechtshandlung, 19

2) Enneccerus-Nipperdey § 137 IV 2 a, 577

3) Dazu insbes. Manigk Rechtswirksames Verhalten

des Rechtsgeschäfts vom Gesetzgeber näher bestimmt worden ist.

Es liegt nahe, die nicht rechtsgeschäftliche elterliche Einigung als in dem beschriebenen Sinn rechtlich relevantes menschliches Verhalten unter dem Aspekt dieser Kategorie von Handlungen zu untersuchen.

Bereits in den Motiven zum ersten Entwurf des BGB sind sie erwähnt und wie folgt umschrieben worden: "Den Rechtsgeschäften als Handlungen mit Rechtsfolgen, die, weil sie gewollt sind, eintreten, stehen Handlungen gegenüber, an welche Rechtswirkungen sich anschließen, für deren Eintritt nach der Rechtsordnung gleichgültig ist, ob sie von den Handelnden gewollt oder nicht gewollt sind".[1)]

Dieser Begriff der Rechtshandlung, so wie er allgemein verwendet wird, ist die Abstraktion aller in der Rechtsordnung formierter Tatbestände menschlichen Handelns, nach welchem eine nicht rechtswidrige Handlung rechtlich relevant ist, ohne daß es sich um ein Rechtsgeschäft handelt.[2)] Der Begriff der Rechtshandlung wird also im wesentlichen durch diese Verneinung gewonnen.[3)] Kennzeichnend für den Begriff der Rechtshandlung ist also der im Subjektiven begründete Gegensatz zur Willenserklärung.

Um eine erlaubte, ja vom Gesetzgeber sogar gebotene Handlung (§ 1627), die mangels Rechtsfolgewillens

- - - - - - - - - -

1) Motive I, 127 (Mugdan I, 421)

2) Flume AT. § 9 1, 105; Enneccerus-Nipperdey § 137 IV 2, S. 576

3) Flume AT. § 9 1, 105; Enneccerus-Nipperdey § 137 III, S. 575; Lehmann AT. § 38 I, 319

kein Rechtsgeschäft ist, handelt es sich bei der nicht rechtsgeschäftlichen elterlichen Einigung. Sie ist daher eine "echte Rechtshandlung".[1)]

Treffend und im Hinblick auf die elterliche Einigung besonders passend hat Savigny die Rechtshandlung wie folgt charakterisiert: "Eine freie Handlung, die auf nichtjuristische Zwecke gerichtet ist, so daß die juristische Wirkung als untergeordnet im Bewußtsein zurücktritt".[2)] Gerade letzteres ist für den Regelfall gemeinschaftlichen elterlichen Handelns typisch. Die Eltern kommen überein, ohne sich dabei im Rechtssinne binden zu wollen, ohne sich der rechtlichen Bedeutung ihres Konsenses bewußt zu sein und überhaupt an die rechtlichen Konsequenzen ihrer Einigung zu denken. Sie haben gar nicht die Vorstellung, ihre Einigung könnte von irgendwelcher "juristischer" Bedeutung sein. So treten bei den Eltern in der Regel die mit ihrer Einigung verbundenen juristischen Wirkungen in ihrem Bewußtsein zurück.

Bei der bereits erwähnten Gleichartigkeit beider Kategorien elterlicher Einigungen hinsichtlich ihres äußeren Erklärungstatbestandes liegt das sie trennende Kriterium im subjektiven Bereich der Willenskundgebung. Daraus folgt, daß jeder elterliche Konsens daraufhin zu prüfen ist. Pauschale Einstufungen unter den einen oder anderen Begriff etwa nach der Art der dem Konsens zugrundeliegenden Frage sind nicht möglich.[3)] Die Tatsache, daß das Unter-

- - - - - - - - - -

1) Dölle II § 93 II 5, 179, der diese Feststellung in Bezug auf die elterliche Einigung nach § 1 RKEG. trifft; vgl. auch Staudinger-Coing Einl. vor § 104 Rdz. 21, der diese Einigung zwar als Rechtsgeschäft ansieht, dies aber als umstritten bezeichnet.

2) System III, 6

3) vgl. dazu eingehend S. 49

scheidungsmerkmal die beschriebene Finalität der Eltern, also ein Willenselement der Eltern, ist, macht diese Prüfung nicht leicht. Es kann aber mit Sicherheit gesagt werden:
Eine elterliche Einigung ist im Zweifel Rechtshandlung. Läßt sich ein rechtsgeschäftlicher Wille der Eltern nicht feststellen, so ist in dem Konsens eine Rechtshandlung zu erblicken.

5. Die Antwort auf die Frage nach der Rechtsnatur der nicht rechtsgeschäftlichen elterlichen Einigung ist damit noch nicht vollständig gegeben.
Die Rechtshandlungen werden allgemein in geschäftsähnliche Handlungen und Realakte eingeteilt.[1) 2)]
Keiner weiteren Erörterung bedarf es, daß die nicht rechtsgeschäftliche Einigung als Äußerung eines geistigen Vorgangs bei dieser Einteilung nicht unter die Realakte, sondern die geschäftsähnlichen Handlungen zu rechnen ist.

6. Nachdem klargestellt ist, daß die nicht rechtsgeschäftliche elterliche Einigung eine Rechtshandlung, eine geschäftsähnliche Handlung ist, muß noch eine Einschränkung dieses Ergebnisses gemacht werden.

Der Charakter einer geschäftsähnlichen Handlung war der nichtrechtsgeschäftlichen elterlichen Einigung deshalb zuerkannt worden, weil sie (ex lege) die

- - - - - - - - - - -

1) Enneccerus-Nipperdey § 137 IV 2, 576 ff.; Lehmann AT. § 38 II, 319; Staudinger-Coing Einl. vor § 104 Rdz. 20 b; Lange AT. § 36 V 2 d, 225; Palandt-Danckelmann Überbl. § 104 A. 1 d.
A.A. nachdrücklich Manigk, Rechtswirksames Verhalten, 477/478, der geschäftsähnliche Handlungen nicht anerkennt, und Breit, Geschäftsfähigkeit, 138 ff., der den Begriff der Willenserklärung und folglich auch des Rechtsgeschäfts so weit faßt, daß die geschäftsähnlichen Handlungen mit darunter fallen.

2) Dölle II § 93 II 5, 179 begnügt sich mit der Feststellung, daß es sich bei der elterlichen Einigung nach § 1 RKEG. um eine "Rechtshandlung" handelt, nimmt aber keine nähere Bestimmung derselben vor.

Rechtswirkung herbeiführt, daß sich das einigungswidrige Verhalten eines Elternteils als Pflichtverletzung dem übergegangenen Elternteil gegenüber darstellt.

Der Grundsatz, einigungswidriges Verhalten eines Elternteils sei eine Pflichtwidrigkeit gegenüber dem anderen, bedurfte bisher im Rahmen dieser Arbeit[1] noch keiner Einschränkung, da es dort nur darum ging, die Rolle der elterlichen Einigung und ihre Rechtswirkung allgemein zu betrachten.
Jetzt kommt es darauf an, diesen Grundsatz, jegliches elterliches Handeln entgegen einer erzielten Einigung sei pflichtwidrig und daher jeder elterliche Konsens, soweit er nicht rechtsgeschäftlicher Art sei, eine geschäftsähnliche Handlung, auf seine Haltbarkeit hin zu prüfen.

Ähnlich wie oben[2] hervorgehoben wurde, daß es eine Überspitzung des Grundsatzes der Gemeinschaftlichkeit elterlicher Gewaltausübung wäre, wollte man fordern, daß jegliches elterliches Handeln ohne Rücksicht auf Art und Bedeutung der einzelnen Entscheidung die vorherige Beratung und Beschlußfassung der Eltern voraussetze, wäre es lebensfremd und überspitzt, wollte man in jedem einigungswidrigen Verhalten eines Elternteils eine Pflichtverletzung gegenüber dem anderen sehen. Soweit man dies aus Erläuterungen zu § 1627 entnehmen wollte, wäre das ein Mißverständnis. Wenn z.B. Staudinger-Donau beschlußwidrige Maßnahmen eines Elternteils als pflichtwidrig bezeichnet[3], so will auch er diese Aussage

- - - - - - - - - -

1) vgl. S. 16/17
2) vgl. S. 18 ff.
3) § 1627 Rdz. 22-24

nur als Grundsatz gewertet und nicht ohne jede Einschränkung und vernünftige, sich aus den Lebensverhältnissen der Eltern ergebende Begrenzung verstanden wissen.

Ebensowenig wie also das Gebot "gegenseitigen Einvernehmens" nach § 1627 bedeutet, daß die Eltern sich in jedem Einzelfall einigen müßten,[1] kann einem Elternteil, der einer Einigung zuwider handelt, in jedem Fall der Vorwurf pflichtwidrigen Verhaltens gemacht werden. Die Eltern einigen sich auch oft über Fragen, die einer vorherigen Abstimmung der Eltern nicht bedurft hätten und ohne Verstoß gegen § 1627 von einem Elternteil hätten allein entschieden werden können.

Es läßt sich daher der Grundsatz, einigungswidrige Maßnahmen eines Elternteils seien Pflichtwidrigkeiten, sinnvoll in der Weise einschränken, daß dieser Vorwurf den eigenmächtig handelnden Elternteil nur in den Fällen trifft, in denen auch die vorherige Einigung erforderlich und eine jedem Elternteil obliegende Pflicht war.[2] Nur eine solche den Eltern obliegende und daher notwendige Einigung entfaltet die oben näher beschriebenen Rechtswirkungen, die zur Charakterisierung der Einigung als Rechtshandlung führten.

Wo ein Elternteil auch ohne vorherige Einigung mit dem anderen allein zu handeln befugt war, kann das Handeln eines Elternteils entgegen einer trotzdem

- - - - - - - - - - - - -

1) RGRK. (Scheffler) § 1627 A. 4; Palandt-Lauterbach § 1627 A. 1 ("bei wichtigen Angelegenheiten"); Staudinger-Donau § 1627 Rdz. 14; Soergel-Siebert-Lange § 1627 Rdz. 4; RegEntwBegr. BT-Drucks. 1. Wahlperiode Drucks. 3802 zu § 1627.

2) Welche elterlichen Maßnahmen einer vorherigen Einigung der Eltern bedürfen oder nicht, ist auf den Seiten 18 ff. erörtert worden.

erzielten Einigung nicht pflichtwidrig sein.

Nur die nichtrechtsgeschäftlichen elterlichen Einigungen sind also geschäftsähnliche Handlungen, ohne die eine Handlung elterlicher Gewaltausübung pflicht- und daher gesetzmäßigerweise nicht möglich wäre.

7. Wann ist dies der Fall ?

Eine Angelegenheit bedarf der elterlichen Einigung, wenn sie einen fühlbaren Einfluß auf das Wohl des Kindes auszuüben vermag, so daß eine Einigung der Eltern darüber als richtig und notwendig empfunden wird.

Das ist vor allem bei wichtigen, die elterliche Gewalt betreffenden Fragen anzunehmen, seien sie umfassender oder spezieller Art. Umfassend sind dabei insbesondere Einigungen der Eltern über Grundsätze der Kindererziehung (z.B. möglichste Freiheit der kindlichen Entwicklung, keine körperlichen Strafen, Funktionsteilung der Eltern), spezielle etwa Schulbesuch, Ausbildungsgang, Berufswahl, religiöse oder politische Erziehung, Erziehung außer Haus. Im übrigen kann auf die Aufzählung der Erscheinungsformen elterlicher Einigungen verwiesen werden,[1)] weil die dort genannten Fälle sowohl rechtsgeschäftlicher wie nicht rechtsgeschäftlicher Regelung durch die Eltern zugänglich sind.

Haben sich die Eltern auch in weniger wichtigen oder für das Interesse des Kindes indifferenten Angelegenheiten elterlicher Gewaltausübung geeinigt und handelt ein Elternteil der Einigung zuwider, so ist auch mangels vorheriger Einigungspflicht keine Pflichtwidrigkeit gegeben.

- - - - - - - - - -

1) vgl. S. 23 ff.

Soll etwa dem Elternteil, der einer Einigung des Inhalts, dem Kind solle ein Pullover in rosa Farbe angezogen werden, zuwiderhandelt und dem Kind einen blauen Pullover anzieht, eine Pflichtwidrigkeit vorgeworfen werden können ? Ebensowenig ist das etwa auch für den Fall möglich, wo die Eltern sich darüber einig geworden waren, Sonntag nachmittag mit dem Kind spazieren zu gehen, der Vater aber dem zugesagten Spaziergang eine Sportveranstaltung oder Fernsehübertragung vorzieht. Wie überspitzt es wäre, jegliches einigungswidriges Verhalten eines Elternteils als Pflichtwidrigkeit anzusehen, zeigt schließlich folgendes Beispiel: Die Eltern kommen am Kaffeetisch überein, ihren Sohn nicht mehr Kakao, sondern den auch von ihnen getrunkenen Malzkaffee trinken zu lassen. Die Mutter hält sich aber nicht daran.

Bei der Gruppe der objektiv wichtigen Angelegenheiten wird man ohne weiteres davon ausgehen können, daß ihre Entscheidung eines elterlichen Konsenses bedarf und jedes eigenmächtige Handeln eines Elternteils gegen seine Pflicht aus § 1627 verstößt.

Doch darf nicht übersehen werden, daß der Vorwurf pflichtwidrigen Verhaltens einen Elternteil nicht nur dann treffen kann, wenn er einer Einigung in einer objektiv wichtigen Frage elterlicher Gewalt zuwider handelt. Dies ist unter Umständen auch in objektiv unwichtigen, das Wohl des Kindes kaum oder nicht berührenden Angelegenheiten der Fall, wenn diese im Verhältnis der Eltern zueinander durch besondere Umstände Bedeutung erlangt haben und der übergangene Elternteil das einigungswidrige Verhalten des anderen ebenso als pflichtwidrig betrachtet wie in Fällen besonderen Gewichts.[1] Dies

- - - - - - - - - -

1) vgl. dazu auf S.59 das analoge Problem, daß nicht nur über wichtige Fragen elterlicher Gewaltausübung rechtsgeschäftlich gemeinte elterliche Absprachen denkbar sind.

ist etwa dann denkbar, wenn gewisse Dinge schon wiederholt Anlaß zu Meinungsverschiedenheiten der Eltern waren und sie sich deshalb für die Zukunft eine vorherige Einigung darüber vorbehalten haben.

Beispiele: Der Vater mißbilligte wiederholt die für seine Begriffe leichtfertige Art der Mutter, die Tochter bei geringstem Anlaß nicht in die Schule zu schicken. Er verlangt, gehört zu werden, bevor die Tochter zu Hause bleiben dürfe. Trotzdem behält die Mutter, als der Vater zur Arbeit gegangen war, das Mädchen zu Hause.
Wiederholt war die Vorliebe der Mutter, der Tochter lange Hosen anzuziehen, Gegenstand heftiger Auseinandersetzungen der Eltern gewesen. Die Mutter handelt trotzdem einer Einigung mit dem Vater zuwider, der Tochter künftig keine langen Hosen mehr anzuziehen.

Wird man auch davon ausgehen dürfen, daß eine Pflichtverletzung nur in den Fällen einigungswidrigen Verhaltens eines Elternteils liegt, die im Rahmen der elterlichen Gewaltausübung von nicht unbedeutendem Einfluß sind, so sollten die letzten Ausführungen nur auf eine verbreitete Besonderheit enger Lebensverhältnisse hinweisen, daß oft infolge besonderer Umstände Fragen von objektiv geringem Gewicht unter den Beteiligten von erheblicher Bedeutung sein können.
Die nicht rechtsgeschäftlichen elterlichen Einigungen sind also nicht durchweg und ausnahmslos rechtsgeschäftsähnliche Handlungen. So wünschenswert das wäre und die Problematik vereinfachte, so wenig wäre eine solche pauschale Beurteilung richtig.

Bei der Untersuchung, unter welchen Voraussetzungen elterliche Einigungen rechtsgeschäftlicher Art sind, war es nicht möglich, sie nach dem ihnen zugrunde-

liegenden Gegenstand pauschal als Rechtsgeschäft zu bezeichnen, da für die Rechtsgeschäftlichkeit nicht das Objekt des Konsenses, sondern die mit ihm verfolgte Absicht, die auf Rechtsfolgen gerichtete Finalität, ausschlaggebend ist. Entscheidend dafür, daß nicht rechtsgeschäftliche elterliche Einigungen rechtsgeschäftsähnliche Handlungen sind, ist, daß von Gesetzes wegen die oben beschriebenen Rechtswirkungen eintreten, die Einigung in diesen Fällen elterlichen Handelns notwendig und damit also rechtskonstituierende Akte sind, ohne die die betreffenden Handlungen der Eltern in pflicht- und gesetzmäßiger Weise nicht möglich wären.

Die nicht rechtsgeschäftlichen elterlichen Einigungen sind daher in zwei Gruppen einzuteilen, und zwar

1. in solche, die für eine pflichtgemäße, gemeinschaftliche Gewaltausübung der Eltern rechtskonstituierend und daher rechtsgeschäftsähnliche Handlungen sind

und

2. in solche, die mangels dieser Rechtswirkung keine Rechtshandlungen und rechtlich daher unbeachtlich sind.

Diese zweite Gruppe elterlicher Einigungen ist rein tatsächlichen Charakters. Eine solche Einigung bedeutet lediglich die Tatsache der Willensübereinstimmung beider Eltern,[1] einen "bloß tatsächlichen Zustand".[2]

Für diese Kategorie elterlicher Einigungen läßt sich ohne weiteres sagen, daß sie jeder Elternteil jederzeit frei "widerrufen", besser gesagt, daß jeder Elternteil diesen "tatsächlichen Zustand" der Willensübereinstimmung dadurch beenden kann, daß er

- - - - - - - - - -

1) So die früher vertretene Auffassung über die Einigung nach § 1 RKEG., vgl. dazu Fußn. 1 auf S. 57 -

2) Boschan Recht 1922, Sp. 49 (51) in Bezug auf die Einigung nach § 1 RKEG.

seine Meinung ändert. Für eine rechtliche Bindung oder rechtliche Sanktionen für den Fall der Nichteinhaltung dieser Einigungen ist kein Raum.

Diese Lösung wird auch der Lebenswirklichkeit gerecht. So wie es unter Fremden und Verwandten Einigungen gibt, die rechtlich völlig irrelevant, rein gesellschaftlicher und faktischer Natur sind, muß es auch solche "unjuristischen" Einigungen im elterlichen Gewaltbereich geben. Es wäre nicht einzusehen, warum im Verhältnis der Eltern zueinander bei der Ausübung der elterlichen Gewalt Einigungen schlechthin verrechtlicht werden und in diesem Bereich menschlichen Handelns kein Raum für rechtsfreie Betätigung bleiben sollte.

Ergebnis: Nicht rechtsgeschäftliche elterliche Einigungen sind in den Fällen rechtsgeschäftsähnliche Handlungen, in denen sie für die Pflichtmäßigkeit der gemeinschaftlichen Ausübung der elterlichen Gewalt "rechtskonstituierend" sind und daher ein einigungswidriges Verhalten eines Elternteils pflichtwidrig wäre. Nicht rechtsgeschäftliche elterliche Einigungen, die für den Fall der Zuwiderhandlung seitens eines Elternteils nicht den Vorwurf der Pflichtwidrigkeit begründen, sind rechtlich bedeutungslos und rein tatsächlichen Charakters.

Anwendbarkeit der für die rechtsgeschäftlichen elterlichen Einigungen erarbeiteten Grundsätze auf den rechtsgeschäftsähnlichen elterlichen Konsens.

§ 9

1. Ließen sich die für Rechtsgeschäfte geltenden Bestimmungen und Grundsätze ohne weiteres auf die geschäftsähnlichen Handlungen anwenden, so könnte man diesen Abschnitt mit der Verweisung auf die für die rechtsgeschäftliche elterliche Einigung in den

§§ 6, 7 dieser Arbeit dargestellten Regeln abschließen.

Ebenso, wie in der Gesetzessprache des BGB der Begriff "Rechtshandlung" und daher auch "rechtsgeschäftsähnliche Handlung" nicht zu finden ist, enthält sich das BGB bewußt besonderer Regeln für sie.[1] Doch gingen bereits die Verfasser des BGB davon aus, daß die Vorschriften über Rechtsgeschäfte "in weitem Umfang auch für zahlreiche Rechtshandlungen passen".[2] So werden dann auch allgemein zwar nicht "per se", doch entsprechend die für Rechtsgeschäfte geltenden Bestimmungen auf die rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen angewandt.[3]

Ebenso einig ist man sich darüber, daß dies aber nur gilt, soweit sich nicht Abweichungen aus der Natur der einzelnen Handlung ergeben. Die Einordnung einer elterlichen Einigung in die Kategorie der rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen bedeutet also nicht die unbesehene Anwendbarkeit aller Vorschriften über Rechtsgeschäfte auf sie.

2. Nicht zweifelhaft erscheint es, daß auf die geschäftsähnliche elterliche Einigung die in § 6 bezüglich der Geschäftsfähigkeit aufgezeigten Besonderheiten sinngemäß übertragbar sind.[4] Dies wird allgemein für die geschäftsähnlichen Handlungen als "verkümmerte Willenserklärungen"[5] für sinn- und zweckentsprechend gehalten.[6]

- - - - - - - - - -

1) Motive I, 127 (Mugdan I, 421): "Allgemeine Vorschriften über Rechtshandlungen sind nicht aufgestellt".
2) Motive I, 127
3) Flume AT. § 9 1, 107; Palandt-Danckelmann Überbl. vor § 104 A. 1 a; Lehmann AT. § 38 II, 319; Enneccerus-Nipperdey § 137 IV 2 a, 577; Lange AT. § 36 3 a, 227; Staudinger-Coing Einl. vor § 104 Rdz. 20 b
4) vgl. oben S. 60 ff.
5) Lange AT. § 36 V 2 a, 225
6) RGRK. (Krüger-Nieland) § 104 A. 4; Staudinger-Coing Einl. vor § 104 Rdz. 20 b; Palandt-Danckelmann Überbl. vor § 104 A. 1 d

3. Ebenso angebracht ist es, den besonderen Endigungsgründen rechtsgeschäftlicher Einigungen (Tod eines Elternteils, Fälle des totalen oder partiellen Verlustes der elterlichen Gewalt seitens eines Elternteils) auch für die rechtsgeschäftsähnlichen Einigungen Geltung zuzuerkennen.[1] Die dafür im wesentlichen ursächliche höchstpersönliche Natur der elterlichen Gewalt gebietet auch hier die Endigung der Einigungen und der mit ihnen verbundenen, den nun allein sorgeberechtigten Elternteil sonst beschränkenden Rechtswirkungen.

4. Machte die rechtsgeschäftliche Einigung als höchstpersönliches Rechtsgeschäft eine Vertretung im Willen unmöglich, so ist dies aus dem gleichen Grund auch bei der geschäftsähnlichen Einigung der Eltern der Fall.[2] Sie ist eine "höchstpersönliche, rechtsgeschäftsähnliche Handlung".

5. Es bestehen auch keine Bedenken gegen die Zulassung von Bedingungen und Befristungen bei rechtsgeschäftsähnlichen elterlichen Einigungen.[3] [4]

6. Rechtsgeschäftsähnliche elterliche Einigungen können nach Analogie der §§ 134, 138 nichtig sein. Insoweit kann auf die ausführliche Darstellung im Zusammenhang mit der rechtsgeschäftlichen Einigung verwiesen werden.[5] "So ist zwar richtig, daß die Legalwirkung der Rechtshandlung nicht gegen das Gesetz und die guten Sitten verstoßen kann, aber daraus folgt nicht, daß die Handlung selbst nicht einen solchen Verstoß

- - - - - - - - - -

1) vgl. S. 64 ff.

2) vgl. S. 67

3) vgl. S. 67

4) Enneccerus-Nipperdey § 137 Fußn. 11, 864; Staudinger-Coing Einl. vor § 104 Rdz. 20 b, der Zweifel nur bei Mitteilungen, also bei einseitigen geschäftsähnlichen Handlungen, hat. A.A. dagegen Klein, Rechtshandlung, 23

5) Oben S. 69 ff.

enthalten könne und dann nach Analogie der §§ 134, 138 für nichtig zu halten wäre".[1)]

7. Auch die Anfechtungsvorschriften sind auf die geschäftsähnlichen Einigungen der Eltern entsprechend anwendbar. Bei ihnen ist die Bedeutung der Willensmängel grundsätzlich die gleiche wie bei den rechtsgeschäftlichen Einigungen.[2)]

   Wenn auch überwiegend die Auffassung vertreten wird, daß bei geschäftsähnlichen Handlungen statt der Anfechtung Richtigstellung in Betracht komme,[3)] so bezieht sich dies offensichtlich auf die "Mitteilungen", die einseitigen geschäftsähnlichen Handlungen. "Gegeninteressen des Erklärungsempfängers"[4)], welche das Verfahren der Anfechtungserklärung notwendig machen, bestehen zwar bei solchen Mitteilungen nicht, wohl aber bei der geschäftsähnlichen elterlichen Einigung, die nicht "Mitteilungen" enthält, sondern korrespondierende Willensäußerungen darstellt.

8. Offen bleibt schließlich die Frage, ob die in § 7 erarbeiteten Grundsätze über die Bindungswirkung rechtsgeschäftlicher elterlicher Einigungen auf die geschäftsähnlichen Einigungen übertragbar sind.[5)]

   Vorweg ist zu sagen, daß auch der geschäftsähnliche elterliche Konsens unter dem Gesichtspunkt der Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt und ihrer Pflichtgebundenheit zu sehen ist. Alle die Folgerungen, die sich daraus ergeben, müssen auch für die rechtsgeschäftsähnliche Einigung gezogen werden. Das be-

- - - - - - - - - -

1) Enneccerus-Nipperdey § 137 Fußn. 11, 864

2) vgl. S. 80

3) Lehmann AT. § 38 II, 319; Palandt-Danckelmann Überbl. vor § 104 A. 1 c; Staudinger-Coing Einl. vor § 104 Rdz. 20 b; Manigk Jhering Jb. 83, 21

4) Staudinger-Coing Einl. vor § 104 Rdz. 20 b

5) vgl. S. 129/130

deutet: Die im Falle einer nichtrechtsgeschäftlichen elterlichen Einigung eintretenden, auf § 1627 beruhenden Rechtswirkungen können von keinem größeren Bestand sein als die auf Grund einer rechtsgeschäftlichen Einigung eintretenden, weil gewollten Rechtsfolgen. Ex lege eintretenden Rechtswirkungen wohnt bereits begrifflich die Begrenzung auf das rechtlich Zulässige inne.

So läßt sich für die rechtsgeschäftsähnlichen elterlichen General- und Pauschaleinigungen ebenso wie für die rechtsgeschäftlichen Einigungen dieser Art sagen, daß nur ihre jederzeitige Widerruflichkeit den oben genannten Prinzipien elterlicher Gewalt gerecht wird, daß jeder Elternteil jederzeit die Möglichkeit haben muß, seiner ihm verbliebenen Verantwortlichkeit entsprechend wieder mitentscheidend bei der Ausübung der elterlichen Gewalt mitzuwirken.

Soweit elterliche Einigungen nach §§ 1671 Abs. 2, 1634 nicht rechtsgeschäftlicher, sondern rechtsgeschäftsähnlicher Natur sein sollten,[1)] ist auch hier ebenso wie in den Fällen rechtsgeschäftsähnlicher elterlicher Spezialeinigungen davon auszugehen, daß es angebracht ist, auch diese rechtsgeschäftsähnlichen Einigungen mit der gleichen Bindungswirkung zu versehen wie die rechtsgeschäftlichen Einigungen dieser Art. Dies ist aus den gleichen Gründen zu bejahen, die zur Annahme der Bindungswirkung der entsprechenden rechtsgeschäftlichen elterlichen Einigung geführt haben, vor allem also deshalb, weil ihnen gemeinsam ist, daß ihnen kein Verzichtscharakter innewohnt und sie daher unter dem Gesichtspunkt der Unverzichtbarkeit elterlicher Gewalt nicht der Sicherung dieses Grundsatzes durch jederzeitige Widerruflichkeit bedürfen.

- - - - - - - - - -

1) Darüber, daß sie es entgegen dem allgemeinen pauschalen Urteil sein können, vgl. S. 53-55

Insoweit sind auch die Grundsätze auf die geschäftsähnlichen Einigungen sinngemäß übertragbar, die im Interesse des Kindes jeweils die freie Widerruflichkeit elterlicher Einigungen einschränken oder deren grundsätzliche Bindungswirkung abschwächen.[1)]

Diese Lösung wird auch allein der heutigen Struktur elterlicher Gewalt gerecht. Wollte man nur den rechtsgeschäftlichen elterlichen Einigungen Bindungswirkung beilegen und die Beseitigung der durch die rechtsgeschäftsähnlichen Einigungen erzeugten Rechtswirkungen in das Belieben eines jeden Elternteils stellen, so wertete man die vom Gesetzgeber (§ 1627) als Mittel der Formierung der beiden gleichstarken Elternrechte verstandene Einigung in den weitaus meisten und oft nicht unbedeutendsten Fällen elterlichen Einvernehmens zur Bedeutungslosigkeit ab. Diese Funktion ist der elterlichen Einigung nicht nur für die seltenen Fälle zugedacht, in denen es sich um rechtsgeschäftliche Vereinbarungen handelt, sondern für alle Fälle elterlicher Gewaltausübung, in denen elterlicher Dualismus dem Wohl des Kindes abträglich wäre.

Es liegt durchaus im Interesse des Kindes, wenn jede für sein Wohl nicht völlig indifferente Einigung mit einem gewissen Bestandsschutz versehen und nicht dem Wankelmut und der Launenhaftigkeit eines Elternteils ausgeliefert wird. "Das Prinzip der freien Einigung kann (sonst) zur Tyrannis des ewigen Neuerers unter den Elternteilen führen".[2)] Die umgekehrte Gefahr, daß die hier bejahte bindende Einigung "die Tyrannis des ewig Beharrenden unter den

- - - - - - - - - -

1) vgl. dazu oben S. 91 ff. u. 118

2) Gernhuber FamRZ. 1965, 228

Elternteilen stützen"[1] könnte, ist die weitaus geringere.

Einmal ist zu sagen, daß für eine einverständlich getroffene elterliche Regelung die Vermutung spricht, daß sie dem Wohl des Kindes Rechnung trägt. Die Aufrechterhaltung einer solchen Regelung gegen den Willen eines Elternteils liegt also in der Regel im Interesse des Kindes. Im übrigen ist diese Gefahr auch dadurch gebannt, daß jeder Elternteil unter gewissen Voraussetzungen die Bindungswirkung beseitigen kann, ja der andere Ehegatte unter Umständen verpflichtet ist, den Änderungswünschen seines Ehepartners zu entsprechen und an der Neufassung eines Beschlusses mitzuwirken.

Eindrucksvoll, wenn auch als Kritik an der Durchführung des Gleichberechtigungsgrundsatzes im Bereich der elterlichen Gewalt gedacht, faßt Ziegler die Konsequenzen freier Widerruflichkeit elterlicher Einigungen in folgende Worte: "Sobald der eine (Ehegatte) nicht will, fehlt die Einstimmigkeit und damit die rechtskonstituierende Kraft: Eine Handlung ist rechtmäßigerweise nicht möglich. Wer aber in besserer Einsicht und größerem Verantwortungsbewußtsein glaubt, dennoch handeln zu müssen, ist von vornherein im Unrecht. Der Neinsager, dessen Nein die Berechtigung der Handlung hindert, ohne indessen die Notwendigkeit der Handlung beheben zu können, ist im Recht. Gleichgültig, ob er mit seinem Nein im Recht ist, durch sein Nein ist er es. Das gemeinsame Entscheidungsrecht ist deshalb notwendig das Recht dessen, der Nein sagt".[2]

Die Anerkennung der Bindungswirkung auch für die rechtsgeschäftsähnliche elterliche Einigung trägt

- - - - - - - - - -

1) Gernhuber FamRZ. 1965, 228

2) Entscheidungsrecht, 214

dieser von großem Ernst getragenen Kritik wenigstens für die Fälle sinnvoll Rechnung, in denen eine Einigung der Eltern zustandegekommen war. Ohne die grundsätzlich gemeinschaftliche Entscheidungsbefugnis beider Elternteile anzutasten, verhindert sie, daß nicht zuletzt im Interesse des Kindes nicht "der Neinsager im Recht ist", sondern der einsichtige, an der Einigung festhaltende Elternteil.

Noch ein Gedanke rechtfertigt die grundsätzliche Bindungswirkung der hier als nicht frei widerruflich ermittelten elterlichen Einigungen. Es ist das bereits oben erwähnte Argument Heußners[1], daß das freie Widerrufsrecht in § 1 RKEG. mit Art. 6 Abs. 2 GG nicht vereinbar sei, da es dem dort verankerten Subsidiaritätsgrundsatz[2] widerspreche. Wenn auch nicht mit Heußner so weit gegangen werden soll, den § 1 RKEG. insoweit für verfassungswidrig zu halten, so läßt sich dieser Gedanke aber auf den gesamten, nicht von § 1 RKEG. erfaßten Bereich elterlicher Gewalt anwenden.

Das Subsidiaritätsprinzip hat gerade nach dem durch das Gleichberechtigungsgesetz verursachten und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Juli 1959[3] vollendeten Strukturwandel der elterlichen Gewalt erhöhte Bedeutung erlangt. In der Zeit väterlicher Prärogative war das Eigenleben der Familie in höherem Maß gewahrt und waren dem Staat in weit weniger großem Umfang Eingriffsmöglichkeiten gegeben. Heute, wo die Uneinigkeit der elterlichen Zweiergruppe diese funktionsunfähig macht, sind dem Staat neue Entscheidungsbefugnisse beim

- - - - - - - - - -

1) vgl. oben S. 84

2) Soergel-Siebert-Lange § 1627 Rdz. 5; Gernhuber LB. § 1 II 2, 4; BverfG. 29.7.1959 FamRZ. 1959, 416 (421)

3) BverfG. FamRZ. 1959, 416 ff.

Streit der Eltern um die Ausübung der elterlichen Gewalt gewährt.[1] Auch diese neuen Entscheidungsbefugnisse des Staates greifen nur subsidiär ein und müssen den verfassungsrechtlichen Anspruch der Familie auf Freiheit von staatlichen Eingriffen achten. Die Notwendigkeit staatlichen Eingreifens muß darauf beschränkt sein, "der versagenden Familie zu helfen und Gefahren abzuwenden".[2]

Es ist leicht einzusehen, daß die Anerkennung einer Bindungswirkung der elterlichen Einigung und damit die Verhinderung, diese zu widerrufen und somit einer außerfamiliären Instanz die Entscheidung der wieder offenen Frage zu überlassen, dem Subsidiaritätsgrundsatz in höherem Maß Rechnung trägt. Gilt das einmal Beschlossene, so kann in viel weniger Fällen, und dies nur aus den hier aufgezeigten Gründen des Kindeswohls, ein Elternteil die Einigung widerrufen und somit die elterliche Gemeinschaft funktionsunfähig machen.

Aus all diesen Gründen finden die für die rechtsgeschäftliche elterliche Einigung erarbeiteten Grundsätze bezüglich ihrer Bindungswirkung auch auf den geschäftsähnlichen elterlichen Konsens Anwendung, was aber gleichzeitig bedeutet, daß dieser auch unter denselben Voraussetzungen widerruflich ist wie der rechtsgeschäftliche.

Ergebnis: Die für die rechtsgeschäftliche elterliche Einigung geltenden Regeln bezüglich der Geschäftsfähigkeit, der Endigung des Konsenses, der Vertretung, Bedingung und Befristung sowie der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit sind durchweg auf die rechtsgeschäftsähnlichen Einigungen der Eltern übertragbar.
Diese sind unter den gleichen Voraussetzungen und in demselben Umfang bindend wie die rechtsgeschäftlichen elterlichen Einigungen.

- - - - - - - - - -

1) vgl. dazu im einzelnen unten § 11

2) Gernhuber LB. § 1 II 2, 4

Die Entscheidung der Meinungsverschiedenheit im Fall eines dissentierenden Elternteils.

§ 10

1. Gleichgültig, ob die Eltern sich über eine bestimmte Angelegenheit elterlicher Gewaltausübung geeinigt hatten und dann ein Elternteil davon abrückt oder zwischen ihnen überhaupt noch keine Einigung zustandegekommen ist, in beiden Fällen handelt es sich um eine "Meinungsverschiedenheit" der Eltern.

   Die Tatsache aber, daß die Eltern sich über die nun streitige Angelegenheit einmal einig waren, könnte für die Entscheidung dieses elterlichen Konflikts von Bedeutung sein, zumal hier festgestellt worden ist, daß elterliche Einigungen unter Umständen bindenden Charakter haben können und nicht ohne weiteres von ihnen wieder abgewichen werden kann.

2. In Fällen elterlichen Dissenses stellt sich vor der Frage nach dem "Ob" und "Wie" einer Entscheidung die Frage nach der streitentscheidenden Instanz.

   Für zwei Fälle elterlicher Konfliktssituationen hat bereits der Gesetzgeber diese Frage beantwortet. Einigen sich nämlich die geschiedenen Ehegatten nicht über einen dem Vormundschaftsgericht zu unterbreitenden Vorschlag nach § 1671 Abs. 2, so trifft dieses[1] nach § 1671 Abs. 3 die Regelung, "die dem Wohle des Kindes am besten entspricht".

   Kommt es zwischen den Eltern zu keiner Einigung über den persönlichen Verkehr mit dem Kind, so ist das Vormundschaftsgericht nach § 1634 Abs. 2 entscheidungsbefugt.[2]

- - - - - - - - - -

1) So schon § 74 EheG.
2) Entspricht der Regelung des § 75 EheG. Unter diese "bedingt fakultative Entscheidungsbefugnis des Vormundschaftsgerichts" (Lücken (Diss.), 68) fallen auch die in Analogie zu § 1634 zu behandelnden Fälle, vgl. dazu oben S.32

In all den anderen Fällen elterlicher Konflikte, in denen es den Eltern nicht gelingt, der ihnen nach § 1627 S. 2 obliegenden Einigungspflicht nachzukommen, ist die Frage nach der streitentscheidenden Instanz expressis verbis unbeantwortet geblieben.[1)]

- - - - - - - - - -

1) An einer Stelle ist die Frage jedoch nicht unbeantwortet geblieben. § 1673 Abs. 2 S. 3 bestimmt, daß bei Meinungsverschiedenheiten zwischen einem Elternteil, der einen Pfleger nach § 1910 Abs. 1 für seine Person und sein Vermögen erhalten hat oder der beschränkt geschäftsfähig ist, mit seinem Ehegatten die Meinung des letzteren vorgeht. Insoweit ist der zur gesetzlichen Vertretung berechtigte Elternteil - eine innerfamiliäre Instanz - entscheidungsbefugt.
Diese Regelung ist insbesondere für die Rechtsstellung der minderjährigen Mütter, die ja fast durchweg die Fälle der beschränkt geschäftsfähigen Elternteile ausmachen, von Bedeutung. In diesen Fällen kann weiterhin von väterlicher Prärogative gesprochen werden. Der Elternstreit wird also in der Sphäre der Familie ausgetragen und entschieden.
Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen einem Elternteil, dessen elterliche Gewalt nach § 1673 Abs. 2 ruht, und seinem Ehegatten ist daher - insoweit darf der Beantwortung der Frage nach der elterlichen Meinungsverschiedenheit entscheidenden Instanz vorgegriffen werden - die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts nicht gegeben. Zweifelhaft ist jedoch, ob bei Meinungsverschiedenheiten zwischen der minderjährigen und daher beschränkt geschäftsfähigen Mutter und ihrem Ehemann über Fragen der religiösen Kindererziehung dessen Meinung nach § 1673 Abs. 2 S. 3 vorgeht und daher die Entscheidungskompetenz des Vormundschaftsgerichts ausgeschlossen ist. Wird man dies in den Fällen des § 2 Abs. 1 RKEG annehmen müssen, so bestehen bei Meinungsverschiedenheiten im Rahmen des § 2 Abs. 2 RKEG dagegen erhebliche Bedenken. Im Rahmen dieser Untersuchung kann dieses spezielle Problem nur angedeutet werden. Soweit ersichtlich, äußert sich in der Literatur nur Staudinger-Donau (§ 2 RKEG Rdz. 24) expressis verbis hierzu: "§ 2 Abs. 2 RKEG ist § 1673 Abs. 2 S. 3 gegenüber lex specialis." Das bedeutete, daß für diese Fälle von Meinungsverschiedenheiten zwischen der minderjährigen Mutter und ihrem Ehemann nicht dieser entscheidungsbefugt, sondern hier die Kompetenz des Vormundschaftsgerichts entgegen § 1673 Abs. 2 S. 3 begründet wäre.

Diese Problematik entfiel bis zum Inkrafttreten des Art 3 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 117 Abs. 1 GG, wonach am 1. April 1953 die gemeinsame Ausübung der elterlichen Gewalt geltendes Recht wurde.[1] Bis dahin hatte der Vater als Träger der vollen elterlichen Gewalt das Entscheidungsrecht selbst auf dem Sektor der tatsächlichen Personensorge, wo der Mutter neben dem Vater die elterlichen Befugnisse zustanden (§ 1634 S. 2 a.F.).

Von dem eben genannten Zeitpunkt an aber war die Frage, wem die Entscheidung bei elterlichen Meinungsverschiedenheiten zukommt, umstritten.

In dem Bestreben, trotz grundsätzlicher Anerkennung der Gleichberechtigung beider Elternteile die Entscheidungsinstanz möglichst in der Familie zu belassen und ohne eine entscheidende Drittinstanz auszukommen, wurden unter Verzicht auf eine konsequente Durchführung der Gemeinschaftlichkeit elterlicher Gewalt mannigfaltige Lösungsversuche unternommen.

Sie reichten von einer schematischen Aufteilung der Entscheidungsbefugnis[2] bis zur Anerkennung eines Stichentscheids des Vaters.[3]

- - - - - - - - - - -

1) vgl. dazu näher S. 10ff.

2) Etwa nach dem Geschlecht oder Alter des Kindes oder der Elternteile, nach Sachgebieten oder in zeitlichem Wechsel ("alternierender Oberbefehl"); vgl. dazu insbes. die Übersichten bei Bosch SJZ. 1950, 626 (634) und Denkschrift III, 9 ff.

3) Beitzke JZ. 1952, 745 und MDR. 1952, 744; Boehmer MDR 1950, 386 ff.; Bosch SJZ. 1950, 625 ff. und Rpfl. 1953, 283 und 483; Mitteis SJZ. 1950, 241; Schwoerer ZBlJugR. 1951, 17 ff.; v. Carolsfeld JR. 1950, 417; Strauß JZ. 1952, 449. Verbreitet auch die Rechtsprechung: BayObLG. 12.12.1957 FamRZ. 1958, 67 (70); LG. Kreuznach 12.11.1956 FamRZ. 1957, 326; AG. Würzburg 6.2.1954 FamRZ. 1954, 179

Demgegenüber hatte sich die überwiegende Meinung in Rechtsprechung[1] und Lehre[2] bereits damals auf den Standpunkt gestellt, daß die Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten dem Vormundschaftsgericht als neutraler Instanz zustehen müsse. Trotzdem hat das System des väterlichen Stichentscheids das Gleichberechtigungsgesetz für sich einnehmen können (§ 1628 in der Fassung des Art. 1 Nr. 22 GlbG.). Nachdem aber das Bundesverfassungsgericht[3] § 1628 für nichtig erklärt und der Gesetzgeber die dadurch entstandene Lücke noch nicht ausgefüllt hat, kam es ähnlich wie nach dem 1. April 1953 wieder zu den verschiedensten Versuchen, diese Lücke zu schließen.[4]

Die Versuche, die elterlichen Konflikte innerfamiliär zu entscheiden und somit die Eigenständigkeit der Familie in vollstem Umfang zu wahren, mußte an Art. 3 GG ebenso scheitern wie die Konstruktion einer wie auch gearteten schematischen Aufteilung der Entscheidungsbefugnisse der Eltern. "Dadurch würde man die Grundsätze einer überzeugenden Kindererziehung verlassen und den Eindruck willkürlicher oder auch praktisch undurchführbarer Fragenbereinigung erwecken".[5]

- - - - - - - - - -

1) BGH. 2.5.1956 BGHZ. 20, 313 (321). OLG. Frankfurt/Main 19.3.1954 FamRZ. 1954, 21; OLG. Celle 10.2.1955 FamRZ. 1955, 213.

2) Krüger JZ. 1952, 615; Arnold MDR. 1953, 333; Dölle JZ. 1953, 361; Koffka JR. 1953, 3; Scheffler DRiZ. 1953, 86; insbes. auch Soergel (8. Aufl.) Vorbem. 4 vor § 1626 mit weiteren Nachweisen.

3) Urt. vom 29.7.1959, NJW. 1959, 1483 ff.

4) Insbes. Staudinger-Donau § 1628 Rdz. 15 mit weiteren Nachweisen.

5) Gernhuber LB. § 50 II 2, 536. Diese Versuche hat vor allem Bydlinski (Gleichberechtigung, 100) überzeugend ad absurdum geführt, indem er dartut, daß man dann auch die Körpergröße der Elternteile für die Zuteilung des Entscheidungsrechts maßgebend sein lassen könnte.

Völlig fehl am Platze wäre, wollte man im Elternstreit ohne jede Entscheidungsinstanz auskommen und nach dem System des sogenannten "liberum veto" verfahren, wonach es in einem solchen Konfliktsfall beim status quo bliebe. Hat dieses System bei Meinungsverschiedenheiten der Ehegatten über nur sie betreffende Angelegenheiten des gemeinschaftlichen ehelichen Lebens seine Berechtigung,[1] weil keine Drittinteressen berührt werden, so läßt sich dieses System nicht auf den elterlichen Gewaltbereich übertragen. Dies würde sonst bedeuten, daß eine Lösung verhindert wird, wo eine Entscheidung im Interesse des Kindes getroffen werden muß. "Auf diesem Gebiet (elterlicher Meinungsverschiedenheiten) reicht es auch nicht aus, daß nur für den (wenn auch objektiven) Mißbrauchsfall eine Konfliktsentscheidung vorgesehen wird".[2] Der Staat versäumte sein Wächteramt, wenn er keine Möglichkeit bereit stellte, in einer für das Kind unter Umständen lebenswichtigen Frage den elterlichen Dissens zu entscheiden. Eine solche Situation kann in wichtigen Fragen elterlicher Gewaltausübung gerade bei gewissenhaften Eltern vorkommen, so daß ein Mißbrauch elterlicher Gewalt nicht vorliegt.

"Es muß in Kauf genommen werden, daß der Elternstreit aus der Sphäre der Eltern herauswachsen kann".[3] Diese Gesetzeslücke kann nur in der Weise sinnvoll geschlossen werden, daß - unter bestimmten Voraussetzungen und gewissen Kautelen - das Vormundschafsgericht

- - - - - - - - - -

1) Beitzke Stb. § 11 III 2 a, 47; insbes. Schwoerer FamRZ. 1960, 122, der ein "Zusammenraufen" der Eltern unter Ausschluß des Vormundschaftsgerichts (die sog. "schwedische Lösung") empfiehlt.

2) Müller-Freienfels, Ehe u. Recht, 105. So aber Schwoerer NJW 1959, 2089

3) Gernhuber LB. § 50 II 2, 537.
Vgl. den Kompromißvorschlag von Haff ZBlJugR. 1951, 41 der die Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf einen vom Vormundschaftsgericht zu bestellenden Familienrat vorschlägt.

über die Meinungsverschiedenheit der Eltern entscheidet.[1)]

3. Die Meinungen, auf welche materiellrechtliche Grundlage das Entscheidungsrecht des Vormundschaftsgerichts gestützt werden kann, gehen auseinander.

Eine analoge Anwendung des § 1666 Abs. 1 S. 1[2)] scheitert in der Regel daran, daß diese Bestimmung ihrem Grundgedanken nach ein schuldhaftes Verhalten eines Elternteils voraussetzt.

Ebensowenig berücksichtigt die entsprechende Anwendung der §§ 1797, 1798[3)] die Unterschiede der Meinungsverschiedenheiten zwischen Eltern als den Inhabern der elterlichen Gewalt und zwischen Vormündern, die mit dem Kind nicht wie die Eltern durch ein naturgegebenes Band verbunden sind.

- - - - - - - - - -

1) Ganz h.M.: BverfG. 29.7.1959 NJW. 1959, 1486 ("weil es in der Tradition des deutschen Rechts liegt, für den Fall, daß Uneinigkeit der Eltern das Wohl des Kindes gefährdet, die Anrufung des Vormundschaftsgerichts zu ermöglichen"). BGH. 2.5.1956 BGHZ. 20, 313 (321); Dölle II § 91 III d, 142; Müller-Freienfels, Ehe u. Recht, 105; Gernhuber LB. § 50 II 2, 537; Staudinger-Donau § 1628 Rdz. 15; Soergel-Siebert-Lange § 1628 Rdz. 10; Palandt-Lauterbach § 1627 A. 2; Lange NJW. 1961, 1895 ff. Als außerfamiliäre Entscheidungsinstanz standen auch die freien Wohlfahrtsverbände u. Jugendämter zur Diskussion, vgl. Denkschrift III, S. 11.

2) So Finke NJW 1953, 272; das BverfG. erwog in der bereits mehrfach zitierten Entscheidung vom 29.7.1959, die Entscheidungsbefugnis des Vormundschaftsgerichts dem Grundgedanken des zu diesem Zweck objektivierten § 1666 zu entnehmen. Aber dies wäre nicht ausreichend, weil das Fehlen einer elterlichen Einigung nicht zwingend die Folge objektiv pflichtwidrigen Handelns der Eltern sein muß.

3) So BGH 2.5.1956 BGHZ. 20, 313

Geeigneter, wenn auch nicht ausreichend vergleichbar mit der Konfliktslage zwischen den Eltern erscheint der Grundgedanke des § 1630 Abs. 2 (= § 1629 Abs. 2 a.F.)[1] wo es um die Streitentscheidung zwischen den Eltern und einem Pfleger geht, also immerhin auf einer Seite die Eltern beteiligt sind.

Auch der Versuch Beitzkes, die Entscheidungsbefugnis des Vormundschaftsgerichts auf den Grundgedanken der §§ 1671, 1634 zu stützen,[2] ist unbefriedigend, da man nicht ohne weiteres den Fall mangelnder Einigung der sonst gut zusammenlebenden Eltern mit den Fällen der nicht mehr ordnungsgemäß funktionierenden Ehen gleichsetzen kann.

Auch die für eine Analogie sich anbietenden §§ 1632 Abs. 2 BGB, 2 Abs. 2, 3 RKEG. betreffen lediglich Einzelsituationen und enthalten nicht "die für eine Gesamtregelung notwendigen Beschränkungen des Eingriffsrechts, die dem Subsidiaritätsprinzip Rechnung tragen".[3]

Die Entscheidungsbefugnis läßt sich daher am besten im Wege der Rechtsanalogie aus den gesamten Befugnissen des Vormundschaftsgerichts und aus dem Grundgesetz (Art. 6) entnehmen.[4]

4. Das Eingreifen des Vormundschaftsgerichts in eine elterliche Meinungsverschiedenheit setzt einen Antrag eines Elternteils voraus.[5] Ein Einschreiten von Amts

- - - - - - - - - -

1) So OLG. Frankfurt/M. 19.3.1954 FamRZ. 1954, 21 (23); Arnold MDR. 1953, 326 (334)

2) JR. 1959, 401 (403)

3) Soergel-Siebert-Lange § 1628 Rdz. 15; Lange NJW 1961, 1889 (1891)

4) Staudinger-Donau § 1628 Rdz. 16; Soergel-Siebert-Lange § 1628 Rdz. 16. Ähnlich OLG. Celle 10.2.1955 FamRZ. 1955, 213; AG. Hamburg 30.6.1960 FamRZ. 1961, 123; Dölle II § 91 III d, 142

5) Allg. Ansicht; vgl. insbes. Staudinger-Donau § 1628 Rdz. 17; Boehmer, Einführung, 47

wegen, aber auch etwa auf Antrag des Kindes oder außerhalb der Familie stehender Personen oder Instanzen, ist außer in den Fällen, wo gleichzeitig die Voraussetzungen des § 1666 Abs. 1 S. 1 vorliegen, unzulässig.

5. Der Subsidiaritätsgrundsatz vormundschaftsgerichtlichen Eingreifens hat nicht nur die Antragsbedürftigkeit zur Folge, sondern auch, daß es sich bei der beantragten Streitentscheidung um eine Meinungsverschiedenheit der Eltern handelt, die für das Wohl des Kindes von Bedeutung ist. Es herrscht Einigkeit über diese Beschränkung der staatlichen Entscheidung auf die "wichtigen Angelegenheiten".[1] Der Subsidiaritätsgrundsatz zieht dem Rechtsschutzbedürfnis der Eltern diese engen Grenzen. Betrifft der elterliche Dissens eine Angelegenheit, die für das Wohl des Kindes belanglos ist, so ist es unschädlich, wenn das Vormundschaftsgericht eine Entscheidung versagt und die streitige Angelegenheit dem System des "liberum veto" unterfällt.[2]

Entscheidend für die Unterscheidung des Wichtigen vom Unwichtigen ist die Tatsache, ob die Meinungsverschiedenheit im Interesse des Kindes notwendig entschieden werden muß.[3] Dies ist auch dann der Fall, wenn es zwar für das Kindeswohl gleichgültig ist, welche von den beiden Ansichten der Eltern sich durchsetzt, eine Entscheidung aber im Interesse des Kindes unabweisbar ist.

- - - - - - - - - - -

1) Gernhuber LB. § 50 III 3, 538; Beitzke Stb. § 26 I 3, 152; RGRK. (Scheffler) § 1627 A. 9; Soergel-Siebert-Lange § 1628 Rdz. 18; Dölle II § 91 III d, 142; Palandt-Lauterbach § 1627 A, 2; Arnold MDR. 1953, 334; Siebert NJW. 1955, 3;; BverfG. 29.7.1959 NJW. 1959, 1486

2) Nichtsdestoweniger kann aber diese Meinungsverschiedenheit der Ehegatten in einem späteren Scheidungsprozeß von Bedeutung sein, Palandt-Lauterbach § 1627 A. 2

3) Gernhuber LB. § 50 II 3, 538 mit weiteren Nachweisen

Vor jeder sachlichen Prüfung einer ihm unterbreiteten elterlichen Meinungsverschiedenheit hat das Vormundschaftsgericht daher zunächst zu prüfen, ob es sich um eine "wichtige Angelegenheit" in dem eben beschriebenen Sinn handelt. Im Rahmen dieser Prüfung spielt etwa eine früher erzielte elterliche Einigung, welcher Rechtsnatur sie auch sein mag, keine Rolle. Eine zwischen den Eltern erzielte Einigung erlangt erst in dem vormundschaftsgerichtlichen Stadium Bedeutung, wenn es nicht um das "Ob", sondern um das "Wie" der Entscheidung, d.h. um die Frage geht, ob der bisherige elterliche Konsens weiterhin verbindlich ist oder nicht.

Das bedeutet, daß es bindende elterliche Einigungen geben kann, deren Bindung durch den dissentierenden Elternteil zwar nicht beseitigt worden ist, denen aber für eine sachliche Entscheidung durch das Vormundschaftsgericht die eben erörterte "Wichtigkeit" fehlt.

Bezüglich der rechtsgeschäftlichen elterlichen Einigung ist bereits auf S.56 ff. festgestellt worden, daß zwar die Bedeutsamkeit der ihr zugrundeliegenden Angelegenheit ein Indiz für die Rechtsgeschäftlichkeit des Konsenses sein kann, in den weitaus meisten Fällen aber nicht ist. Dort ist auch festgestellt worden, daß auch für das Kindeswohl belanglose, objektiv unwichtige Fragen Gegenstand rechtsgeschäftlicher Abmachungen sein können.

In solchen Fällen besteht also nicht die Möglichkeit, zu einer sachlichen Entscheidung des Vormundschaftsgerichts über die zwischen den Eltern wieder streitig gewordene Frage zu kommen und der an sich weiterbestehenden, bindenden Einigung Anerkennung zu verschaffen.

Solche rechtsgeschäftlichen, bindenden, nicht frei widerruflichen elterlichen Einigungen sind mangels Zulässigkeit einer vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung wahre "unvollkommene Verbindlichkeiten". Im Gegensatz zu den sonst wegen ihrer freien Widerruflichkeit als "unvollkommene Verbindlichkeiten" bezeichneten elterlichen Einigungen mangelt es ihnen nur an der einer vollkommenen Verbindlichkeit eigenen Durchsetzbarkeit.[1)] Ist die Anrufung des Vormundschaftsgerichts in diesen Fällen auch versagt, so haben diese Einigungen doch die Bedeutung, daß sie, solange sie bestehen, die Eltern verpflichten, ihnen gemäß zu handeln und einigungswidriges Verhalten eines Elternteils zur Pflichtwidrigkeit dem anderen gegenüber werden lassen.

Was die rechtsgeschäftsähnlichen elterlichen Einigungen angeht, ist folgendes zu sagen:
Als solche sind bereits nur diejenigen angesehen worden, die einen fühlbaren Einfluß auf das Wohl des Kindes auszuüben vermögen, so daß eine vorherige Einigung der Eltern über die betreffende Angelegenheit als richtig und notwendig empfunden wird. Durch diese Einschränkung scheiden bereits belanglose und für das Kindeswohl unwichtige Einigungen in der Regel aus diesem Kreis elterlicher Einigungen aus. Es wäre aber nicht richtig, wollte man sagen, daß daher schlechthin alle rechtsgeschäftsähnlichen elterlichen Einigungen zugrundeliegenden Angelegenheiten von der Wichtigkeit sind, die für die Entscheidungsbefugnis des Vormundschaftsgerichts gefordert wird. Eine Einigung der Eltern mag in einer Angelegenheit durchaus als richtig und notwendig empfunden werden und auch fühlbar das Wohl des Kindes beeinflussen, ohne daß es sich dabei um eine Frage handelt, die im Interesse des Kindes durch das Vormundschaftsgericht im Falle eines elterlichen Dissenses notwendig entschieden werden muß. Die

- - - - - - - - - -

1) vgl. dazu S.83 Fußn.3

"Wichtigkeit" einer einem elterlichen Konsens zugrundeliegenden Angelegenheit, die im Falle einigungswidrigen Verhaltens eines Elternteils den Vorwurf einer Pflichtwidrigkeit auslöst und daher der Einigung rechtsgeschäftsähnlichen Charakter verleiht, ist nicht mit der wesentlich strenger zu verstehenden "Wichtigkeit" identisch, die für die Zulässigkeit vormundschaftsgerichtlicher Entscheidungskompetenz gefordert wird.
Beispiel: Die Eltern waren übereingekommen, daß die Mutter den Sohn nicht in dem freiwillig zu belegenden Kursus zur Erlernung der italienischen Sprache, sondern in dem parallel laufenden Spanischkurs anmelden sollte, da der Vater seit jeher heftige Antipathien gegen alles Italienische hegte. Trotzdem meldet die Mutter den Jungen für den Italienischkurs an.
Wird man auch in diesem Verhalten der Mutter eine Pflichtwidrigkeit und daher in diesem elterlichen Konsens eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung erblicken, so ist diese Angelegenheit doch nicht "wichtig" genug, um die Zulässigkeit vormundschaftsgerichtlicher Entscheidungskompetenz zu begründen. Diese Meinungsverschiedenheit der Eltern über die Art des freiwilligen Sprachkurses ihres Sohnes bei der Auswahl zwischen Spanisch und Italienisch ist nicht so schwerwiegend, daß dieser Konflikt im Interesse des Kindes "notwendigerweise"[1)] entschieden werden müßte.

Hinzu kommt, daß wie auf S.140/141 angedeutet, unter Umständen auch objektiv unwichtige Fragen Gegenstand rechtsgeschäftsähnlicher elterlicher Einigungen sein können.

So handelt es sich in den Fällen rechtsgeschäftsähnlicher elterlicher Einigungen nicht ohne weiteres

- - - - - - - - - -

1) vgl. dazu S.159/160

um "wichtige" Angelegenheiten, die schlechthin zu einer sachlichen Entscheidung des Vormundschaftsgerichts bei dennoch auftretenden elterlichen Meinungsverschiedenheiten führen. Der elterliche Dissens nach vorangegangener rechtsgeschäftsähnlicher Einigung bedarf vor seiner sachlichen Entscheidung der Prüfung, ob er notwendig entschieden werden muß. Verneint man das, so handelt es sich auch in den Fällen rechtsgeschäftsähnlicher elterlicher Einigungen um "unvollkommene Verbindlichkeiten", denen zwar nicht der bindende Charakter, wohl aber ihre vormundschaftsgerichtliche Durchsetzbarkeit fehlt.

6. Das Entscheidungsrecht des Vormundschaftsgerichts in den Fällen elterlicher Meinungsverschiedenheiten erfährt nicht nur die eben geschilderte Beschränkung. Eine weitere Einschränkung der vormundschaftsgerichtlichen Kompetenz ergibt sich aus folgenden zwei Überlegungen:

Einmal hat das Vormundschaftsgericht kein Entscheidungsrecht, wenn das Gesetz eine höchstpersönliche, unersetzbare Zustimmungserklärung beider Elternteile verlangt, so etwa im Falle der Zustimmung zur Volljährigkeitserklärung des Kindes nach § 4 Abs. 2.[1] Eine Meinungsverschiedenheit der Eltern über die Zustimmung zur Volljährigkeitserklärung des Kindes kann nicht vom Vormundschaftsgericht entschieden werden. Ließe man dies zu, so läge darin eine Umgehung des Verbots, eine solche Zustimmungserklärung eines Elternteils zu ersetzen.

Auf der gleichen Ebene liegt die mangelnde Kompetenz des Vormundschaftsgerichts bei Meinungsverschieden-

- - - - - - - - - - -

1) Soergel-Siebert-Lange § 1628 Rdz. 22; Staudinger-Donau § 1628 Rdz. 29; Erman-Ronke § 1627 A. 4 ee; Palandt-Lauterbach § 1627 A. 2; Gernhuber LB. § 50 II 3, 539; LG. Fulda 5.4.1957 FamRZ. 1960, 281

heiten über die Beantragung eines Erziehungsbeistandes oder der Freiwilligen Erziehungshilfe (§§ 56, 63 JWG.).[1)]

Ist ein Elternteil nicht zur Antragstellung bereit, so ist, ob eine anderslautende Einigung der Eltern vorangegangen war oder nicht, es dem Vormundschaftsgericht verwehrt, diese Meinungsverschiedenheit zu entscheiden und somit den antragswilligen Elternteil allein zu legitimieren, den Antrag zu stellen. Entschiede das Vormundschaftsgericht einen solchen elterlichen Konflikt, so fehlte der dann beantragten Erziehungsmaßnahme die vom Gesetz geforderte Freiwilligkeit und Förderungsbereitschaft. Dies war auch der Grund, weshalb der elterlichen Einigung über die Beantragung der Freiwilligen Erziehungshilfe trotz ihrer Spezialität freie Widerruflichkeit zugesprochen worden ist.[2)]

Die umstrittene Frage, ob es zulässig ist, durch Sorgerechtsentziehung nach § 1666 Abs. 1 S. 1 auch im Falle eines nichtantragswilligen Elternteils zur Gewährung der Freiwilligen Erziehungshilfe zu kommen,[3)] kann hier dahingestellt bleiben. Nur so viel sei gesagt: Ist die Möglichkeit, die Freiwillige Erziehungshilfe auch gegen den Willen eines Elternteils mit den Mitteln des § 1666 Abs. 1 S. 1 durchzuführen, bereits umstritten und überwiegend zumindest in Frage gestellt,[4)] so kann davon ausgegangen werden, daß das Vormundschaftsgericht im Wege des Stichentscheids, also dort, wo der Staat "nur in unterstützender Funktion"[5)] tätig wird, den

- - - - - - - - - -

1) Palandt-Lauterbach § 1627 A. 2 u. § 56 JWG. A. 2 sowie § 63 JWG. A. 1.

2) vgl. dazu oben S. 113

3) Näheres dazu vgl. oben S.112

4) vgl. oben S. 112 Fußn.3

5) Gernhuber LB. § 50 II 3, 539

entgegengesetzten Willen des einen Elternteils noch viel weniger beseitigen kann.

Mit beachtlichen Gründen befürwortet Hill[1] die Vereinbarkeit eines vormundschaftsgerichtlichen Stichentscheids für den Fall, daß die Eltern im Gewährungsverfahren der Freiwilligen Erziehungshilfe uneinig sind oder werden. "Eine vormundschaftsgerichtliche Entscheidung bei Uneinigkeit der Eltern erscheint immer noch nützlicher zu sein, d.h. dem Interesse und der Erziehung des Kindes mehr entsprechend zu sein, als eine gerichtlich angeordnete Fürsorgeerziehung. Die so zuwege gebrachte Freiwillige Erziehungshilfe ist dann immer noch mehr oder weniger eine Elternentscheidung, die Fürsorgeerziehung wäre es überhaupt nicht."
Hier spürt man deutlich, daß versucht wird, die ohne Zweifel pädagogisch und psychologisch der Fürsorgeerziehung vorzuziehende Freiwillige Erziehungshilfe auch in den Fällen für durchführbar zu halten, wo nur ein Elternteil antrags- oder weiterhin förderungsbereit ist, nicht zuletzt auch deshalb, weil mit der Anordnung der Fürsorgeerziehung auch heute noch in der Regel ein diskriminierender Effekt verbunden ist.

So verständlich auch die Versuche sind, in möglichst vielen Fällen die Anordnung der Fürsorgeerziehung zu vermeiden und zur Gewährung der Freiwilligen Erziehungshilfe zu kommen, so sehr ist darauf hinzuweisen, daß die Freiwilligkeit der Eltern, d.h. beider Elternteile, Wesensmerkmal der Freiwilligen Erziehungshilfe ist und de lege lata die Beseitigung des entgegenstehenden Willens auch nur eines Elternteils verbietet. Gegen diese Interpretation der §§ 63, 75 Abs. 3 JWG. kann auch nicht eingewandt

---

1) Diss., 83 ff.

werden, daß sie formalistisch sei und sich zum Nachteil der betroffenen Kinder zu eng an den Wortlaut klammere. Zu klar und deutlich ist dafür die Sprache des Gesetzes, als daß man ohne die hier vorgebrachten Bedenken zu der von Hill vertretenen Auffassung kommen könnte. Daß auch er sich nicht ohne Bedenken zu seiner Lösung bekennt, beweist seine überaus vorsichtige abschließende Begründung dieses Fragenkomplexes (a.a.O. S. 88), daß "das Prinzip der Freiwilligkeit bei einer solchen Lösung doch mehr respektiert" werde. Er gibt damit zu, daß das Prinzip der Freiwilligkeit doch nicht voll gewahrt wird. Nach der hier vertretenen Auffassung, kann aber nicht entscheidend sein, in welchem Maße - ob mehr oder weniger - man die Freiwilligkeit der Eltern respektiert hat. Nur die unbedingt freiwillige und förderungsbereite Mitwirkung beider Elternteile erfüllt die Voraussetzungen für die Gewährung der Freiwilligen Erziehungshilfe.

Nicht überzeugend ist auch das Argument von Anders[1] für die Vereinbarkeit eines Stichentscheids des Vormundschaftsgerichts mit dem Freiwilligkeitscharakter der Freiwilligen Erziehungshilfe. Er meint, daß nach einer solchen Entscheidung des Vormundschaftsgerichts "doch immer die Bereitschaft zur Mitarbeit wenigstens eines personensorgeberechtigten Elternteils" verbleibe. Konsequenterweise hätte er dann aber nicht die Möglichkeit schlechthin ablehnen dürfen, durch Entziehung des Personensorgerechts oder nur eines Teils desselben im Wege des § 1666 Abs. 1 S. 1 den nicht antragswilligen Elternteil von der Antragstellung auszuschließen. Wird diesem nämlich nach § 1666 Abs. 1 S. 1 insoweit das Personensorgerecht entzogen, ohne daß ein Pfleger bestellt wird, und dem antragswilligen Ehegatten die alleinige Befugnis übertragen, so verbleibt es doch auch in diesem

- - - - - - - - - - -

1) ErzB, FEH u. FE

Fall immer noch bei der Bereitschaft zur Mitarbeit wenigstens eines personensorgeberechtigten Elternteils. Richtigerweise kann es keinen Unterschied machen, ob ein Elternteil im Wege des § 1666 Abs. 1 S. 1 oder der Entscheidung einer elterlichen Meinungsverschiedenheit von der Bestimmung über die Beantragung der Freiwilligen Erziehungshilfe ausgeschlossen wird. Der Freiwilligkeitscharakter dieser Maßnahme wird in beiden Fällen beseitigt. Für den von der Antragstellung ausgeschlossenen Elternteil ist es gleichgültig, auf Grund welcher Rechtsgrundlage sein Ausschluß erfolgt ist. Für ihn ist sein Ausschluß in beiden Fällen "erzwungen", so daß gleichermaßen von Freiwilligkeit nicht mehr gesprochen werden kann.

Zum anderen endet die Kompetenz des Vormundschaftsgerichts vor jenen Akten elterlicher Gewalt, die zwar nicht eine unersetzbare Entscheidung eines jeden Elternteils voraussetzen, aber doch eine Disposition über die elterliche Gewalt insgesamt oder auch nur über Teile derselben beinhalten.[1)]

Dies ist in all jenen Bereichen elterlicher Meinungsverschiedenheiten der Fall, denen Sachverhalte zugrundeliegen, die einer bindenden, nicht frei widerruflichen elterlichen Regelung unzugänglich wären. Mit anderen Worten: Hätten sich die Eltern über die zwischen ihnen streitige Angelegenheit nicht (in dem hier verstandenen Sinn) bindend einigen können, so ist es dem Vormundschaftsgericht versagt, einem der Elternteile nun für den betroffenen Elternteil "unwiderruflich" die Entscheidung zu übertragen.

Nur solche Sachverhalte elterlicher Konflikte sind daher einer vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung

- - - - - - - - - -

1) Gernhuber LB. § 50 II 3, 539

zugänglich, die Gegenstand einer bindenden Einigung waren oder hätten sein können. Dissentiert also ein Elternteil von einer zwischen den Eltern bestehenden General- oder Pauschaleinigung[1] oder einer Spezialeinigung, die wegen der darin liegenden Disposition über Substanz oder Ausübung der elterlichen Gewalt frei widerruflich ist,[2] so ist das Vormundschaftsgericht gehindert, diesen nun entstandenen Elternstreit sachlich zu entscheiden.

Diese Meinungsverschiedenheiten sind also einer sachlichen Entscheidungsbefugnis des Vormundschaftsgerichts entzogen.

7. Offen ist noch, in welcher Form die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts ergehen soll. Gelingt es nicht, eine Einigung der Eltern herbeizuführen, so besteht die Möglichkeit, daß das Vormundschaftsgericht selbst an Stelle der Eltern die Meinungsverschiedenheit entscheidet oder es den Streit nicht selbst entscheidet, sondern einem Elternteil die Entscheidungsbefugnis überträgt.

Der Grundsatz der Subsidiarität staatlichen Eingreifens verbietet dem Vormundschaftsrichter, in der

- - - - - - - - - -

1) Eine solche ist ja nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich frei widerruflich, vgl. dazu oben S.81 . Vgl. dazu auch Gernhuber LB. § 50 III 4, 540: "Die vom Vormundschaftsgericht zu entscheidende Streitfrage muß einmaligen Charakter haben. Die Betrauung mit der Durchführung eines zeitlich ausgedehnten Planes wäre ein unzulässiger Teilentzug der elterlichen Gewalt des anderen Elternteil". Anders dagegen RGRK. (Scheffler) § 1627 A. 10 u. wohl auch Soergel-Siebert-Lange § 1628 Rdz. 21

2) vgl. dazu die oben auf S.117/118 behandelten Beispiele. Dissentiert also ein Elternteil von einer elterlichen Spezialeinigung, die nicht wegen der in ihr liegenden Disposition über die elterliche Gewalt, sondern aus anderen Gründen frei widerruflich ist (§ 1 RKEG!), so ist dieser Elternstreit einer vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung zugänglich.

Sache selbst die Entscheidung zu treffen. Auch das Gebot des "mildesten Mittels" führt dazu, daß das Vormundschaftsgericht sich darauf beschränken muß, dem Elternteil, der die bessere Gewähr für eine richtige Entscheidung gibt, die Entscheidungsbefugnis zu übertragen. Dem Vormundschaftsgericht wird nur die Kompetenz - Kompetenz zuerkannt.[1] Die Entscheidung wird also in der Sache nicht von dem Gericht gefällt, sondern bleibt eine von einem Elternteil innerhalb der Familie getroffene. Vor allem besteht immer noch die Möglichkeit, daß sich die Eltern nun noch einig werden. Diese Möglichkeit wird ihnen durch eine solche Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nicht abgeschnitten. Es bleibt dem betreffenden Elternteil überlassen, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen oder aber mit seinem Ehegatten eine Einigung anzustreben.

8. Maßgebend für die vormundschaftsgerichtliche Entscheidung ist das Wohl des Kindes. Zu dessen Ermittlung hat das Vormundschaftsgericht alle Umstände von Amts wegen zu beachten (§ 12 FGG.).

Nicht selten entsprechen die Auffassungen beider Elternteile dem Wohl des Kindes in gleicher Weise oder kann zumindest keine der von den Eltern vorgeschlagenen Lösungen als falsch bezeichnet werden.

- - - - - - - - - -

1) Ganz überwiegende Meinung. Vgl. dazu insbes. Dölle II § 91 III d, Fußn. 30, 142 mit eingehenden Hinweisen. Nur eine Variante dieser h.M. Staudinger-Donau § 1628 Rdz. 22 ff. Zutreffend, wenn auch etwas überspitzt Arnold MDR. 1953, 326 (333): "Die unvernünftigste Entscheidung von Vater und Mutter innerhalb der Familie ist grundsätzlich der vernünftigen Entscheidung eines Dritten außerhalb der Familie vorzuziehen". Das Vormundschaftsgericht darf selbst dann nicht in der Sache selbst entscheiden, wenn beide Elternvorschläge dem Wohl des Kindes widersprechen, Erdsiek NJW 1959, 2007; Gernhuber LB. § 50 II 4, Fußn. 4, 539

Das bedeutet jedoch nicht, daß es sich in diesen Fällen um "unjudiziable" Elternstreitigkeiten handelt. In der Regel werden dem Richter genügend objektive Anhaltspunkte dafür gegeben sein, ob die Auffassung des Vaters oder der Mutter dem Kindeswohl besser dient.[1] Wo sie fehlen, "wird die Entscheidung des Gerichts letztlich von dem persönlichen Eindruck der Eltern und von der Frage abhängen, ob etwa bei einem Elternteil die bessere Gewähr dafür gegeben ist, daß die betreffende Maßnahme folgerichtig ausgeführt wird. Es wird sich nicht vermeiden lassen, daß für die Entscheidung auch einmal irrationale Erwägungen ausschlaggebend sein können".[2] Das folgt eben aus der Eigentümlichkeit, daß "gerade im Vormundschaftswesen in großem Umfang Ermessensentscheidungen maßgebend sind"[3] und es bei der Entscheidung einer elterlichen Meinungsverschiedenheit nicht um eine rechtliche Streitigkeit, sondern um einen Streit um die Zweckmäßigkeit geht.[4] Die Fälle, in denen bei gründlicher Beachtung aller Umstände und Erschöpfung aller Beweise sich nicht doch ein Übergewicht für eine der beiden Lösungsmöglichkeiten ergibt, werden sehr selten sein.[5]

9. Hier in diesem Stadium des vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens, wenn also der Richter die Zulässigkeit seiner Anrufung durch die streitenden Eltern festgestellt hat und er sich die Frage vorlegt, welchem Elternteil er die Entscheidungsbefugnis übertragen soll, gewinnt eine einmal vorhanden gewesene Einigung der Eltern ihre Bedeutung.

- - - - - - - - - -

1) Gernhuber LB. § 50 II 2, 537; Genzmer MDR. 1960, 881 (883)

2) Staudinger-Donau § 1628 Rdz. 20; ähnlich Soergel-Siebert-Lange § 1628 Rdz. 20

3) Genzmer MDR. 1960, 881 (883)

4) Bettermann, Festschrift für Friedrich Lent, 17 ff. (34)

5) RGRK. (Scheffler) § 1627 A. 5

Einfach ist der wohl übliche Fall eines elterlichen Konflikts, wo die Eltern sich uneinig sind, ohne vorher über diese Frage einig gewesen zu sein. Hier hat der Vormundschaftsrichter in der beschriebenen Weise die divergierenden Auffassungen der Eltern zu prüfen und dem Elternteil die Entscheidungszuständigkeit zu übertragen, der nach Auffassung des Gerichtes die größere Gewähr dafür bietet, daß er eine dem Wohl des Kindes gerecht werdende Entscheidung trifft.
Hier handelt es sich um eine echte Kompetenz - Kompetenz - Entscheidung des Gerichts. Erst durch diese Kompetenzzuweisung erhält der betreffende Elternteil die Befugnis, in seinem Sinn die Maßnahme durchzuführen, ohne dabei dem anderen Elternteil gegenüber pflichtwidrig zu handeln. Die Entscheidung des Gerichts ist also für die Befugnis des Elternteils von konstitutiver Bedeutung und praktisch nichts anderes als die Ersetzung der für das "gegenseitige Einvernehmen" der Eltern notwendigen Einigungserklärung des anderen Elternteils.

Dieser Charakter der Entscheidung sollte auch in der Formulierung des Entscheidungstenors zum Ausdruck kommen. So sollte etwa in dem Fall, wo dem Vorschlag des Vaters, der Sohn solle Metzger werden, gegenüber dem Vorschlag der Mutter, der Sohn solle das Schneiderhandwerk erlernen, der Vorzug gegeben wird, nicht tenoriert werden: "Entsprechend dem Vorschlag des Vaters wird entschieden, daß der Sohn Metzger werden soll".[1)] Das klingt so, als habe sich das Vormundschaftsgericht zwar der Meinung des Vaters angeschlossen, im übrigen aber eine eigene Entscheidung getroffen und nicht nur dem Vater die Entscheidungsbefugnis zugewiesen.

- - - - - - - - - -

1) So Staudinger-Donau § 1628 Rdz. 27

Richtiger ist vielmehr etwa folgender Tenor: "Dem Vater wird die Ausübung der Sorge für die Person des Sohnes in der Frage der Berufswahl desselben in dem von ihm vorgeschlagenen Sinn übertragen, daß der Sohn Metzger werden soll". Änderte nun der Vater nachträglich seine Meinung, so ist in diesem Fall, falls sich die Eltern nicht einigen, eine erneute Anrufung des Vormundschaftsgerichts erforderlich. Um dies zu vermeiden, wäre es nicht empfehlenswert, im Tenor sich lediglich mit der "Übertragung der Ausübung der Personensorge in der Berufswahl" zu begnügen[1] und nicht den vom Vater gemachten Vorschlag aufzunehmen. Sonst beinhaltete diese Entscheidung vom bloßen Wortlaut des Tenors her eine Blankoermächtigung des Vaters, den Beruf des Sohnes bestimmen zu dürfen. Er wäre durch diese Formel auch dann gedeckt, wenn er den Sohn nicht Metzger, sondern etwa Schlosser werden ließe, ohne daß dieser Beruf bisher überhaupt zur Diskussion gestanden hätte.[2]

Schwieriger gestaltet sich der Fall, wenn der Elternstreitigkeit eine Einigung über diese Angelegenheit vorausgegangen war und die Uneinigkeit dadurch entstanden ist, daß ein Elternteil von der Einigung abgerückt ist. Zwar stehen auch hier dem Vormundschaftsrichter zwei gegensätzliche Meinungen gegenüber, wobei aber eine von ihnen einer früher zwischen den Eltern erzielten Einigung entspricht.

- - - - - - - - - -

1) So Firsching, Handbuch, FV. 17, 41

2) Inwieweit es erforderlich ist, daß das Vormundschaftsgericht dem betreffenden Elternteil auch die Alleinvertretung in der übertragenen Angelegenheit ausdrücklich erteilen muß, ist streitig (vgl. Soergel-Siebert-Lange § 1628 Rdz. 20; Firsching, Handbuch, FV. 17, 41; dagegen Krüger-Breetzke-Nowack § 1628 Rdz. 20), kann aber hier dahinstehen. Die Zuweisung der alleinigen Entscheidungsbefugnis bedeutet wohl insoweit folgerichtig auch die alleinige Vertretungsbefugnis des betreffenden Elternteils, Beitzke Stb. § 26 I 3, 153

Diese Arbeit hat nun ergeben, daß es bei den elterlichen Einigungen zu differenzieren gilt. Es sind frei widerrufliche und grundsätzlich bindende Einigungen zu unterscheiden, wobei der freien Widerruflichkeit und der grundsätzlichen Bindungswirkung Grenzen gezogen sind. Gemeinsam ist ihnen, daß, solange sie bestehen, d.h. nicht wirksam widerrufen sind, eine Meinungsverschiedenheit der Eltern streng genommen nicht gegeben ist, sondern das für die elterliche Gewaltausübung geforderte "Einvernehmen" weiter besteht. Handelte in einem solchen Fall der an der Einigung festhaltende Elternteil gegen den Widerspruch des dissentierenden Ehegatten im Sinne der zwischen ihnen erzielten Einigung, so machte er sich nicht eines eigenmächtigen, pflichtwidrigen Verhaltens gegenüber diesem schuldig.

Der Vormundschaftsrichter hat also in den Fällen elterlicher Meinungsverschiedenheiten, denen eine elterliche Einigung vorangegangen war, stets unter den hier entwickelten Gesichtspunkten zu prüfen, ob die Einigung wirksam zustandegekommen war und zum Zeitpunkt der Entscheidung noch besteht.

Besteht sie nicht mehr, so handelt es sich um den gleichen Sachverhalt wie den eben behandelten. Dem Richter stehen zwei gegensätzliche Auffassungen der Eltern gegenüber, ohne daß sich ein Elternteil auf eine zwischen ihnen in dieser Frage erzielte Einigung berufen könnte. Der Richter prüft die beiden Vorschläge und überträgt einem von ihnen die Entscheidungsbefugnis.

Kommt der Richter aber nach den hier erarbeiteten Kriterien zum Ergebnis, der zwischen den Eltern früher erzielte Konsens über die nun streitige Frage bestehe noch, sei also von dem dissentierenden Elterr-

teil nicht wirksam widerrufen worden, so ist folgendes zu sagen:

Der an der Einigung festhaltende Elternteil ist weiterhin berechtigt, entsprechend der nicht wirksam widerrufenen Einigung zu handeln. Er könnte dies trotz des Widerrufs seitens des anderen Elternteils, ohne daß ihn der Vorwurf pflichtwidrigen Verhaltens träfe.

Diese Situation ist vom Vormundschaftsgericht zu beachten. Seine Entscheidung ist im Falle einer weiterbestehenden elterlichen Einigung für die Entscheidungsbefugnis des an der Einigung festhaltenden Elternteils von keiner konstitutiven Bedeutung. Sie kann nur deklaratorischer Natur sein, d.h. nur feststellen, daß auf Grund der fortbestehenden Einigung der an dieser festhaltende Elternteil entscheidungsbefugt ist. Diese Befugnis wird also nicht diesem Elternteil zugewiesen und damit erst für ihn begründet, sondern nur seine sich aus der fortbestehenden Einigung ergebende Berechtigung, entsprechend zu handeln, festgestellt.

Ist der dissentierende Elternteil der Antragsteller, so wird sein Antrag auf Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf ihn zurückgewiesen. Es empfiehlt sich jedoch, es im Tenor nicht nur bei der bloßen Ablehnung des Antrags zu belassen und in den Gründen dann erst darzulegen, daß der andere Elternteil kraft der weiterbestehenden Einigung entscheidungsbefugt ist, sondern dies bereits im Tenor der Entscheidung etwa wie folgt auszudrücken:

> "Der Antrag der Mutter, ihr die Entscheidungsbefugnis in der Frage der Berufswahl ihres Sohnes zu übertragen, wird zurückgewiesen.
> Insoweit ist der Vater kraft der zwischen den Eltern fortbestehenden Einigung in dem Sinn entscheidungsbefugt, daß der Sohn Metzger werden soll".

Ist der an der Einigung festhaltende Elternteil der Antragsteller, so könnte man der Auffassung sein, daß auch sein Antrag auf Entscheidung dieser Meinungsverschiedenheit zurückgewiesen werden müsse, da er ja auf Grund der fortbestehenden Einigung "entscheidungsbefugt" sei und es daher keiner Kompetenzzuweisung durch das Vormundschaftsgericht bedürfe.

Es besteht jedoch ein erhebliches Interesse des an der Einigung festhaltenden Elternteils, durch das Vormundschaftsgericht bestätigt zu erhalten, daß der von den Eltern gefaßte Beschluß weiterhin Grundlage elterlichen Handelns sein müsse. Man denke nur daran, daß er diese Entscheidung des Gerichts als Nachweis seiner alleinigen Entscheidungs- und vor allem Vertretungsbefugnis bei der Ausführung der in dem fortbestehenden Konsens beschlossenen Maßnahmen benötigt.

Falsch, zumindest unkorrekt, wäre es, hier etwa, wie im oben dargelegten Fall eines Elternstreits ohne vorausgegangener Einigung oder nach deren wirksamem Widerruf, zu tenorieren, daß "die Sorge für die Person des Kindes... übertragen wird". Eine solche Fassung des Tenors würde den Eindruck erwecken, als handele es sich in diesem Fall um eine "Übertragung der Entscheidungsbefugnis" auf einen Elternteil, d.h. um eine konstitutive Kompetenz - Kompetenz - Entscheidung des Vormundschaftsgerichts. Um den nur feststellenden Charakter dieser Entscheidung auch sprachlich zum Ausdruck zu bringen, muß es vielmehr, um bei dem oben gebildeten Beispiel zu bleiben, etwa heißen:
"Der Vater ist im Sinne der zwischen den Eltern fortbestehenden Einigung, daß nämlich der Sohn Metzger werden solle, entscheidungsbefugt".

Diese Fassung des Tenors macht deutlich, daß es sich hierbei nicht um eine kompetenzbegründende, sondern

kompetenzfeststellende Entscheidung des Vormundschaftsgerichts handelt, eine Unterscheidung, die bisher, soweit festzustellen war, im Zusammenhang mit der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung einer elterlichen Meinungsverschiedenheit noch nicht gemacht worden ist. Die Anerkennung bindender elterlicher Einigungen im elterlichen Gewaltbereich hat jedoch die Folge, daß der Weiterbestand einer solchen Einigung in einem ausbrechenden Elternkonflikt zu keinem Stichentscheid des Vormundschaftsgerichts führen, sondern dieses nur die weiterbestehende Berechtigung des an der Einigung festhaltenden Elternteils feststellen kann.

10. Zuständig ist das Vormundschaftsgericht, in dessen Bereich das Kind seinen Wohnsitz hat, §§ 43, 36 FGG. Beide Elternteile sind in der Regel nach § 1695 zu hören.[1)]

Streitig ist, ob das Kind, das älter als 14 Jahre ist, ein Beschwerderecht hat, das zum Teil aus § 59 FGG. abgeleitet wird.[2)] Daß dies aber zumindest zweifelhaft ist, ergibt sich daraus, daß es bei der Entscheidung von elterlichen Meinungsverschiedenheiten zwar mittelbar um Angelegenheiten geht, die die Person des Kindes betreffen. In erster Linie bezweckt sie aber die Entscheidung des Elternstreits und räumt einem der Elternteile die Entscheidungsbefugnis ein bzw. stellt diese fest. Wollte man dem Kind ein eigenes Beschwerderecht geben, so bedeutete das, daß das Kind sich gegen die durch die vormundschaftsgerichtliche Entscheidung noch autorisierte Meinung eines Elternteils wenden könnte. Dies ist aber ebensowenig möglich, wie das Kind sich darauf

- - - - - - - - - -

1) Dabei kann es u.U. nicht nur nützlich, sondern geboten sein, mit dem Kind Fühlung aufzunehmen, § 1695 Abs. 2

2) Erman-Ronke § 1627 A. 5; Soergel-Siebert-Lange § 1628 Rdz. 23; Lange NJW 1961, 1892; Pikart-Henn FGG, 181

berufen kann, daß eine Maßnahme eines Elternteils ohne oder gegen die erforderliche Willensäußerung des anderen Elternteils getroffen worden ist.[1) 2)]

Streitig ist ferner, ob die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts erst mit Rechtskraft wirksam wird (§ 53 FGG.). Ein großer Teil der Lehre und Rechtsprechung wendet § 53 Abs. 1 FGG. auf die Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten zweier verschiedener Gewalthaber entsprechend an.[3)] Es sind keine einleuchtenden Gesichtspunkte ersichtlich, § 53 Abs. 1 S. 1 FGG. nicht auch auf die Entscheidung elterlicher Meinungsverschiedenheiten sinngemäß anzuwenden.[4)]
Einmal wäre eine sofortige Wirksamkeit und ihre dann folgende Abänderung im Instanzenweg in der Regel dem Wohl des Kindes abträglich.[5)] Zum anderen ist hier die Tatsache bedeutsam, daß der Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf einen Elternteil auch die Erteilung der Alleinvertretungsmacht in der übertragenen Angelegenheit innewohnt.[6)] Eine solche Entscheidung kann, wenn sie erst einmal wirksam geworden ist und dem entscheidungsbefugten Elternteil die Möglichkeit zur Durchführung der Maßnahme eröffnet hat, nicht mehr ohne Gefährdung des Rechtsverkehrs zurückgenommen werden.[7)]

- - - - - - - - - -

1) vgl. dazu oben S. 15

2) So, wenn auch ohne Begründung, RGRK. (Scheffler) § 1627 A. 12; anscheinend auch Keidel § 59 FGG. A. 4 a, in dessen Aufzählung der Fälle des § 59 FGG. der § 1627 fehlt.

3) Erman-Ronke § 1627 A. 5; Soergel-Siebert-Lange § 1628 Rdz. 24 mit weiteren Nachweisen. Keidel § 53 FGG. Rdz. 2 a; Jansen § 53 FGG. A. 1 d; Pikart-Henn FGG., 214

4) A.A. Pikart-Henn FGG., 214, wo die Anwendbarkeit des § 53 FGG. auf die Entscheidung elterlicher Meinungsverschiedenheiten ausdrücklich verneint wird.

5) Lange NJW 1961, 1892

6) vgl. oben S. 172 Fußn. 2

7) Erman-Ronke § 1627 A. 5; Soergel-Siebert-Lange § 1628 Rdz. 24; OLG Schleswig 30.8.1956 SchlHA. 1957, 31; a.A. Keidel § 53 FGG. Rdz. 7

Bei Gefahr im Verzug, d.h., wenn das Wohl des Kindes die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung erfordert, kann das Vormundschaftsgericht gemäß § 53 Abs. 2 FGG. die sofortige Wirksamkeit seiner Verfügung anordnen.

Gegen die Entscheidung[1] ist die sofortige Beschwerde gegeben, § 60 Abs. 1 Ziff. 6 FGG.[2]. Das hat zwar zur Folge, daß nach § 18 Abs. 2 FGG. das Vormundschaftsgericht nicht befugt ist, eine solche Entscheidung zu ändern, wenn es nachträglich feststellt, daß die Entscheidung nicht gerechtfertigt ist. Diese Konsequenz der hier vertretenen Auffassung, daß die vormundschaftsgerichtliche Entscheidung elterlicher Meinungsverschiedenheiten analog § 53 Abs. 1 S. 1 FGG. zu behandeln und daher mit sofortiger Beschwerde anfechtbar sei, führt jedoch nicht zu einer Gefährdung der Kindesinteressen.

Unberührt von dem Änderungsverbot des § 18 Abs. 2 FGG. ist das Vormundschaftsgericht nämlich nach § 1696 befugt, seine Entscheidung jederzeit zu ändern, "wenn es dies im Interesse des Kindes für angezeigt hält".[3]

Ergebnis: Das Vormundschaftsgericht entscheidet elterliche Meinungsverschiedenheiten nur auf Antrag eines Elternteils und nur in für das Kindesinteresse "wichtigen" Angelegenheiten. Im übrigen unterfallen elterliche Meinungsverschiedenheiten dem sogenannten System des "liberum veto". Die Entscheidungsbefugnis des Vormundschaftsgerichts ist der Rechtsanalogie zu seinen gesamten Befugnissen sowie dem Grundgesetz (Art.6) zu entnehmen.

- - - - - - - - - -

1) Gegen eine ablehnende Verfügung ist nicht sofortige, sondern einfache Beschwerde zulässig, Keidel § 53 FGG. Rdz. 4 mit weiteren Nachweisen.

2) Erman-Ronke § 1627 A. 5;Soergel-Siebert-Lange § 1628 Rdz. 24; OLG. Schleswig 30.8.1956 SchlHA. 1957, 31

3) Keidel § 18 FGG. Rdz. 35; Paland-Lauterbach § 1696 A. 1; Soergel-Siebert-Lange § 1696 Rdz. 3

Die sachliche Entscheidungsbefugnis des Vormundschaftsgerichts erfaßt nicht elterliche Meinungsverschiedenheiten, in denen es um unersetzbare elterliche Einwilligungen geht oder denen Sachverhalte zugrundeliegen, die wegen der sonst darin liegenden (mittelbaren) Disposition über Substanz oder Ausübung der elterlichen Gewalt nur einer jederzeit frei widerruflichen Einigung zugänglich wären. Ist einer elterlichen Meinungsverschiedenheit keine Einigung vorausgegangen oder ist eine solche zwar erzielt, durch den dissentierenden Elternteil aber wirksam widerrufen worden, so überträgt das Vormundschaftsgericht im Wege der Kompetenz -Kompetenz, d.h. kompetenzbegründend, einem Elternteil die Entscheidungsbefugnis.
Ist dem Elternstreit eine wirksame Einigung der Eltern vorausgegangen und besteht sie trotz des elterlichen Dissenses fort, so entscheidet das Vormundschaftsgericht kompetenzfeststellend und nicht im Wege des konstitutiven Stichentscheids, daß dem an der Einigung festhaltenden Elternteil die Entscheidungsbefugnis zusteht.
Das Kind hat gegen diese Entscheidung kein Rechtsmittel, der beschwerte Elternteil die Möglichkeit der sofortigen Beschwerde nach § 60 Abs. 1 Ziffer 6.

Lebenslauf

Am 8. Februar 1936 wurde ich als Sohn des Büro-vorstehers Josef Waskowiak und seiner Ehefrau Martha, geb. Baron, in Hindenburg O/S geboren.

Meine Mutter starb im Jahre 1940, mein Vater 1946.

Nach dem Besuch der Volksschule in Holzhausen/Eder bestand ich im August 1949 die Aufnahmeprüfung in die Quinta des Realgymnasiums in Frankenberg/Eder. Die Reifeprüfung bestand ich am 5. März 1957.

Anschließend studierte ich in Marburg/Lahn Rechts-wissenschaften. Im April 1962 legte ich in Marburg/Lahn die erste rechtswissenschaftliche Staatsprüfung ab. Den juristischen Vorbereitungsdienst trat ich im November 1962 im Oberlandesgerichtsbezirk Frankfurt/Main an. Seit Juni 1962 bin ich verheiratet und habe eine Tochter.
Zur Zeit befinde ich mich beim Oberlandesgericht Frankfurt/Main in Kassel zur Ausbildung.

BAMBERGER FOTODRUCK · Rudolf Rodenbusch